

Juridiska Institutionen
Handelshögskolan
vid Göteborgs universitet

Tillämpade studier
20 poäng, VT 2001

En analys av kapitalanvändningsformerna i ABL samt en jämförelse med tysk och norsk rätt

-

*Behövs samtliga kapitalanvändningsformer och är de
funktionella?*

Nina Allard

Hanna Borén

Handledare:
Rolf Dotevall

Innehållsförteckning

1 Inledning.....	5
1.1 Syfte, frågeställningar och metod.....	6
1.2 Disposition och avgränsningar	7
2 Varför en komparativ utblick?	8
3 Översikt över EG:rättens bolagsrättsliga reglering	8
4 Vinstutdelningsreglerna i 12 kap ABL.....	9
4.1 Inledning.....	9
4.2 Definition av utbetalningsbegreppet	10
4.3 Icke – aktieägare som mottagare av en utbetalning från ett aktiebolag	11
4.4 Exempel på former för utbetalningar	13
4.4.1 Sakvärdesöverföringar	14
4.4.2 Penninglån	14
4.4.3 Tredjemanspant	15
4.5 Beloppsspärren i 12:2 1 st ABL	16
4.5.1 Inledning.....	16
4.5.2 Beloppsspärren i 12:2 1 st ABL	17
4.5.2.1 Brutto - och nettometoderna.....	17
4.6 Försiktighetsregeln i 12:2 2 st ABL	19
4.6.1 Inledning.....	19
4.6.2 Konsolideringsbehov.....	20
4.6.3 Likviditet	20
4.6.4 Ställning i övrigt.....	21
4.6.5 God affärssed.....	22
4.7 Rättsföljder vid olovlig vinstutdelning.....	23
4.7.1 Inledning.....	23
4.7.2 Ogiltighetens närmare innebörd	23
4.7.3 Värdeersättning istället för återbäring av specifik egendom.....	23
4.7.4 Kan andra än aktieägare bli återbetalningsskyldiga?	24
4.7.5 Godtrosregeln i 12:5 2 st ABL	25
4.7.5.1 Gäller godtrosskyddet i 12:5 1 st andra meningen ABL även vid förtäckt vinstutdelning?	26
4.7.5.2 Gäller godtrosskyddet även då mottagaren inte är aktieägare?.....	27
4.8 Bristtäckningsansvaret i 12:5 2 st ABL.....	27
4.8.1 Inledning.....	27
4.8.2 Under vilka förutsättningar kan bristtäckningsansvaret i 12:5 2 st ABL aktualiseras?	28
4.8.3 I vilken utsträckning kan utomstående drabbas av bristtäckningsansvar?.....	28
4.9 Allmänt om tysk aktiebolagsrätt	29
4.9.1 Allmänt om AG	30
4.9.2 Allmänt om GmbH.....	31
4.9.3 Vinstutdelningsreglerna i AktG	31
4.9.3.1 Förtäckta vinstutdelningar	32
4.9.3.2 Rättshandlingar med tredje man.....	33
4.9.3.3 Rättsföljder vid olovlig vinstutdelning enligt AktG.....	33
4.9.4 Vinstutdelningsreglerna i GmbHG.....	34
4.9.4.1 Rättshandlingar med tredje man.....	35
4.9.4.2 Rättsföljder vid olovlig vinstutdelning enligt GmbHG.....	35
4.10 Allmänt om norsk aktiebolagsrätt	36

4.10.1 AS och ASA	36
4.10.2 Kapitalskyddsreglerna i AS och ASA	37
4.10.3 Vinstutdelningsreglerna i AS och ASA	37
4.10.4 Rättsföljder vid olovlig vinstutdelning enligt AS och ASA.....	38
4.11 Analys av kapitalanvändningsformen vinstutdelning	40
5 Aktiebolags förvärv av egna aktier	42
5.1 Inledning.....	42
5.2 Motiv till lagändringen samt argument emot densamma	43
5.3 Skyddet av bolagets bundna kapital	46
5.4 Vilka bolag får förvärva egna aktier?.....	46
5.4.1 På vilket sätt får publika aktiebolag återköpa egna aktier?	47
5.4.2 Tillåten storlek på innehav av egna aktier.....	48
5.5 Dra in eller överlåta aktierna?	48
5.6 Rättsföljd vid olovligt förvärv av egna aktier	49
5.7 Tyska bolags förvärv av egna aktier	50
5.7.1 Förvärv av egna aktier i AG	51
5.7.2 Rättsföljd av olovligt förvärv av egna aktier i AktG.....	53
5.8 Förvärv av egna andelar i GmbH.....	54
5.8.1 Rättsföljd av olovligt förvärv av egna andelar i GmbHG	54
5.9 Norska bolags av förvärv av egna aktier.....	55
5.9.1 Rättsföljden vid olovligt förvärv av egna aktier i Norge	56
5.10 Analys av kapitalanvändningsformen förvärv av egna aktier.....	56
6 Nedsättning av aktiekapitalet	58
6.1 Inledning.....	58
6.2 För vilka ändamål kan nedsättning ske?	58
6.2.1 Nedsättning för täckande av förlust	58
6.2.2 Nedsättning för återbetalning till aktieägarna	60
6.2.2.1 Nedsättning med återbetalning till aktieägarna enligt tillståndssystemet	60
6.2.2.2 Nedsättning med återbetalning till aktieägarna enligt förbehållssystemet.....	61
6.3 Olika sätt för genomförande av nedsättning av aktiekapitalet	62
6.4 Rättsföljder vid olovlig nedsättning av aktiekapitalet.....	62
6.5 Nedsättning av aktiekapitalet enligt AktG	64
6.5.1 Ordinära nedsättningsformen	65
6.5.2 Rättsföljd vid otillåten utbetalning enligt AktG	66
6.6 Nedsättning av andelskapitalet enligt GmbHG.....	66
6.7 Nedsättning av aktiekapitalet enligt AS och ASA	67
6.8 Analys av kapitalanvändningsformen nedsättning av aktiekapitalet	68
7 Avslutande analys och egna slutsatser	70
7.1 För- och nackdelar med respektive kapitalanvändningsform	70
7.2 En avvägning av behovet samt bedömning av funktionaliteten av de tre kapitalanvändningsformerna	72
8 Litteraturförteckning	76

1 Inledning

Den svenska rättsordningen tillhandahåller en rad olika alternativ för affärsverksamhet i bolagsform.¹ Den överlägset mest betydelsefulla av dessa bolagsformer är ur marknadsekonomiskt perspektiv aktiebolaget. Bolagsformen lämpar sig utmärkt för såväl riktigt stora som lite mindre företag eftersom den utgör en möjlighet att driva affärsverksamhet utan personligt ägaransvar.

Denna avsaknad av personligt ansvar ställer dock höga krav på lagstiftningen när det gäller tillhandahållandet av regler till skydd för bolagets borgenärer. Aktiebolagets huvudsakliga syfte är ju att generera vinst åt sina aktieägare. Detta innebär att om det skulle saknas tvingande kapitalskyddsregler som förhindrar vårdslös kapitalanvändning, skulle det kunna medföra en så stor osäkerhet för bolagets kreditgivare att det blir näst intill omöjligt för bolaget att skaffa kapital. Detta i sin tur skulle givetvis verka hämmande för omsättningen i samhällsekonomin.

Av det nyssnämnda framgår att de bestämmelser i aktiebolagslagen (ABL) som reglerar bolagets möjlighet till kapitalanvändning är oerhört betydelsefulla eftersom de bl a ger kreditgivarna en möjlighet att förutse på vilka sätt bolaget kan disponera över sitt kapital. Särskilt påtagligt blir detta förstas i perioder med lågkonjunktur då företag ofta hamnar i ekonomiska svårigheter och därför kan lockas att förbruka mer av bolagets kapital än vad som är tillåtet. Det är dessutom viktigt att lagstiftningen är enhetlig så att borgenärerna får samma skydd oberoende av vilken kapitalanvändningsform som bolaget väljer. Nu är det dock inte bara borgenärernas skyddsbehov som ställer krav på lagstiftningen. Det är ju av stor vikt även för bolaget (aktieägarna) att lagstiftningen är funktionell såtillvida att den tillhandahåller kapitalanvändningsformer som tillgodoser bolagets varierande behov av kapitaldisponering!

Hur kapitalskyddsreglerna skall vara utformade har varit och är fortfarande, en mycket omdiskuterad fråga. Lagstiftningen rörande detta har också förändrats en hel del över tiden, inte minst beroende på vilka politiska åsikter som varit de för stunden rådande. Tidigare har aktieägarintresset prioriterats i relativt stor utsträckning, men på senare år har fokus alltmer kommit att hamna på borgenärernas skyddsbehov.

När frågan om bolagets möjlighet att använda sitt kapital kommer upp, är det väl i första hand vinstutdelningsreglerna som man kommer att tänka på. ABL tillhandahåller dock även andra viktiga former för kapitalanvändning: utdelning i samband med nedsättning av aktiekapitalet, utskiftning i samband med likvidation samt fr o m år 2000 en möjlighet för bolaget att förvärva sina egna aktier. (Utskiftning i samband med likvidation kommer dock inte att behandlas ytterligare i detta arbete.)

En omdiskuterad fråga i doktrin har varit om det verkligen föreligger något behov av så många olika kapitalanvändningsformer. Den ekonomiska effekten på bolaget är nämligen i flera avseenden likartad oavsett vilken kapitalanvändningsform som används. Mot det senare har dock anförts att de olika kapitalanvändningsformerna visst fyller en viktig funktion eftersom bolaget bl a genom att välja endera formen, t ex kan påverka vilka signaler som ges till marknaden.

¹ Se t ex handelsbolag, kommanditbolag och enkla bolag

Vid en analys av befintliga kapitalanvändningsformer framstår det som viktigt eller kanske t o m nödvändigt, att blicka utanför Sveriges gränser. Detta gäller inte minst med tanke på Sveriges medlemskap i EU och den även i övrigt ökade gränsöverskridande handeln. Vi kommer därför att ta hjälp av såväl den tyska som den norska aktiebolagsrätten vid vår analys av de svenska kapitalanvändningreglerna.

1.1 Syfte, frågeställningar och metod

Syftet med detta arbete är att redogöra för de tre kapitalanvändningsformerna: vinstutdelning, återköp av egna aktier samt nedsättning av aktiekapitalet. Målsättningen är därvid att beskriva vilka centrala materiella regler som finns samt hur kapitalanvändningsfrågorna har behandlats i praxis, doktrin och förarbeten. Eftersom kapitalanvändningreglerna på flera sätt står inför en stor förändring kommer vi även att redogöra för en del av de förslag till reformer som Aktiebolagskommittén presenterat. Vidare kommer vi, i analysen efter varje materiellt avsnitt, att ge våra egna synpunkter på rättsläget.

Utöver den materiella redogörelsen är vår övergripande målsättning att om möjligt i den avslutande analysen redogöra för de för- och nackdelar som finns med respektive kapitalanvändningsform samt komma till en slutsats vad gäller om samtliga tre kapitalanvändningsformer är nödvändiga. Vi kommer där också att analysera huruvida deras nuvarande utformning är funktionell eller om funktionaliteten på något sätt kan förbättras.

För att få ett annat perspektiv på den svenska regleringen kommer vi även att redogöra för de centrala delarna av tysk och norsk rätt på området samt jämföra dessa regleringar med den svenska.

Våra frågeställningar är således följande:

1. Hur ser de centrala delarna av den materiella regleringen ut av kapitalanvändningsformerna vinstutdelning, förvärv av egna aktier samt nedsättning av aktiekapitalet och vilka grundläggande likheter och skillnader finns i förhållande till den tyska och norska rätten?
2. Vilka förändringar har föreslagits av Aktiebolagskommittén?
3. Vilka för- och nackdelar finns ur aktieägar- och borgenärsperspektiv med respektive kapitalanvändningsform? Behövs samtliga idag tillåtna kapitalanvändningsformer och är deras utformning funktionell?

Vi har för vår uppsats använt oss av en traditionell juridisk metod där vi studerat lag, förarbeten, praxis samt doktrin. Därutöver har vi i relativt stor utsträckning tagit del av den debatt som förts i diverse juridiska tidskrifter. I den komparativa delen har vi använt oss av tysk och norsk lagstiftning, lagkommentarer, tysk doktrin samt i någon mån norska förarbeten.

1.2 Disposition och avgränsningar

Arbetet är uppdelat i sju kapitel. Varje kapitalanvändningsform behandlas i ett separat kapitel där vi går igenom dels de centrala delarna av den svenska materiella rätten, dels den tyska och norska. Dessutom redogörs för de förslag till förändringar som Aktiebolagskommittén presenterat. Varje kapitel som behandlar en kapitalanvändningsform avslutas med en analys där vi lyfter fram de enligt oss mest intressanta aspekterna samt ger en egen kommentar av rättsläget. Framställningen avslutas med en utförlig analys där vi avser att försöka svara på frågeställningarna under punkten tre ovan.

Den materiella genomgången har fått stort utrymme i arbetet. Detta hänger samman dels med att ett av syftena med arbetet varit att just redogöra för de viktigare delarna av den materiella rätten på området, dels med att vi bedömt det vara nödvändigt för att i den avslutande analysen kunna besvara frågeställningen om behovet och funktionaliteten av tre kapitalanvändningsformer. Kapitlet rörande vinstutdelning är det kapitel som fått störst utrymme i arbetet, vilket är en direkt följd av att problemen kring vinstutdelning är de som har diskuterats överlägset mest i förarbeten, praxis som doktrin. Dessutom har vinstutdelningsreglerna i mångt och mycket fungerat som en förebild vid utformningen av reglerna kring de andra kapitalanvändningsformerna. Detta är också förklaringen till varför vi valt att ha en relativt utförlig redogörelse för utbetalningsbegreppet som sådant, vilka betalningsmottagare som kan omfattas av reglerna samt i vilka former utbetalning kan ske. Utbetalningsproblematiken är nämligen i princip detsamma vid samtliga kapitalanvändningsformer. Detsamma kan sägas om problematiken kring brutto- och nettometoderna som också behandlas i fjärde kapitlet. Det är nämligen nödvändigt att ha klart för sig om det är den avhända egendomens bokförda eller marknadsvärde som skall jämföras beloppsregeln i 12:2 1st ABL. Reglerna är dessutom tillämpliga vid utbetalning av sakvärde i samband med nedsättning av aktiekapitalet.

När det gäller EG:rätten är vi givetvis medvetna om dess stora betydelse på bolagsrättens område. Att gå igenom också denna reglering på ett utförligt sätt skulle dock föra alldeles för långt varför vi valt att endast ge en kort översikt över reglerna i det andra bolagsdirektivet.

Vad gäller 12 kap ABL går vi överhuvudtaget inte igenom låneförbudet i 12:7 ABL. Detsamma gäller för reglerna om bolagsorganens behörighet i 8 kap ABL samt det renodlade skadeståndsansvaret i 15 kap ABL. Problemen kring ansvarsgenombrott behandlas inte heller. Vi har inte heller gått in på hur övrig bolagsrättslig lagstiftning påverkats av lagändringen rörande förvärv av egna aktier. (Se ex börs- och värdepappersrättsliga regler.) Vad gäller nedsättning av aktiekapitalet behandlas inte reglerna om nedsättning p g a bristande betalning eller p g a att aktier blivit ogiltiga (se 6:1 sista st ABL).

Vad slutligen gäller den komparativa rätten har syftet inte varit att ge en lika fullständig redogörelse som för den svenska rätten. Den komparativa utblicken skall endast ses som ett hjälpmedel vid förståelsen av den svenska regleringen samt visa på om det finns alternativa sätt att reglera kapitalanvändningformerna.

2 Varför en komparativ utblick?²

Få discipliner är väl så nationellt präglade som den juridiska. Detta hänger sannolikt samman med den åtminstone tidigare så välbevakade statssuveräniteten som inkluderar en stats anspråk på en egen jurisdiktion över sina medborgare. Frågan är dock om det inte, i en tid med ständigt ökad internationalisering och kanske även uppluckring av nationsgränserna (se t ex Schengenavtalet), är nödvändigt att lyfta blicken från den egna rättsordningen och åtminstone snegla på dito utländska? Inom andra discipliner som t ex den naturvetenskapliga, har det ju sedan länge varit en självklarhet att dra lärdom av andra nationers framsteg. Varför inte göra detsamma inom juridiken? Många författare i den juridiska doktrinen har också valt att åtminstone till en viss del inkludera någon form av komparation i sin framställning.³ Givetvis är det ingen lätt uppgift att jämföra olika länders rättssystem. Varje lands rättsordning är ju en produkt av sin egen historia och sina egna samhällseliga värderingar och att då försöka jämföra två olika länders system kan nog i någon mån vara som att försöka jämföra äpplen och päron. Vi är dock av den fasta övertygelsen att det trots dessa svårigheter finns mycket att vinna på att göra en komparativ utblick. Det är möjligt att det inte går att jämföra enskilda reglers funktion fullt ut men vi är övertygade om att en komparation ger stora fördelar inte minst eftersom att man får ett helt annat perspektiv på den egna rätten.

Vi har i detta arbete valt att utöver den svenska, också behandla den tyska och norska regleringen av ett aktiebolags kapitalanvändningsmöjligheter. Ambitionen är på intet vis att ge någon heltäckande redogörelse för dessa båda sistnämnda regleringar men det kändes ändå nödvändigt att göra någon form av komparativ utblick, om inte annat så för att sätta in den svenska regleringen i ett större sammanhang. Att det blev just den tyska och norska lagstiftningen är inte någon slump utan skälen för detta är flera. Vad först gäller den tyska lagstiftningen kan sägas att Tyskland många gånger framstår som ett föregångsland i Europa vad gäller bolagsrättslig lagstiftning, vilket medförde att den tyska blev ett självklart val. Den norska regleringen var kanske inte lika självskriven men eftersom den norska aktiebolagsrätten tidigare var oerhört lik den svenska (den svenska och norska aktiebolagslagen skrevs samtidigt och var en produkt av ett välutvecklat nordiskt samarbete) men numera sedan 1997 reformerats, föreföll det mycket intressant att jämföra vilka bestämmelser den norska lagstiftaren valt att förändra i f h t den tidigare regleringen. Slutligen framstod det som motiverat att jämföra ett EU land och ett icke EU land inte minst med tanke på att EG:s andra bolagsdirektiv reglerar frågorna relativt utförligt. (Se mer om detta i avsnittet nedan.)

3 Översikt över EG:rättens bolagsrättsliga reglering

Som nämnts ovan kommer denna framställning inte i någon vidare mening beröra den EG:rättsliga regleringen vad gäller de olika kapitalanvändningsformerna mer än att vi ibland i den materiella framställningen har, där vi anser det tvunget, hänvisat till EG:s andra bolagsdirektiv. Vi har därutöver dock valt att i detta avsnitt mycket översiktligt

² Gunnerstad och Ingvarsson, Den komparativa rätten – värd en omväg? SvJT nr 2 1997, s 152 -162

³ Se t ex Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag. En studie av aktiebolagsrättsliga studier 1995

peka på de artiklar som vi anser vara mest relevanta eftersom arbetet annars till viss del skulle bli ofullständigt.

Samtliga kapitalanvändningsformer som vi behandlar i uppsatsen är bundna av det andra bolagsdirektivet (77/91/EEG) som ofta benämns som kapitaldirektivet.⁴ Huvudsyftet med direktivet är nämligen att samordna de skyddsåtgärder som krävs av de olika medlemsstaterna vad gäller att bilda aktiebolag samt att bevara och ändra bolagets kapital.⁵ Direktivet omfattar dock endast publika aktiebolag, vilket innebär att varken det svenska privata aktiebolaget eller den tyska bolagsformen GmbH berörs av direktivet. Direktivet är ett s k minimidirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna är fria att uppställa strängare krav än vad direktivet föreskriver.

Vad först gäller de regler som rör utdelning till aktieägare är det artiklarna 15-17 som är mest intressanta. Dessa artiklar behandlar bl a hur mycket som får delas ut i ett aktiebolag i förhållande till aktiekapitalet men de innehåller även vissa regler som rör rättsföljden av otillåten utdelning.

Vad sedan gäller förvärv av egna aktier är det artiklarna 18-24 som aktualiseras. Artikel 18 ställer upp ett principiellt förbud mot att *teckna* egna aktier och i nästföljande artikel (19) ges möjlighet till förvärv av egna aktier under vissa i artikeln givna förutsättningar. Detta innebär i sak att direktivet har överlämnat åt medlemsstaterna att själva besluta om det skall vara tillåtet med återköp av aktier eller inte. De övriga artiklarna reglerar bl a rättsföljd av otillåtna förvärv och de förvärvade aktiernas ställning.

Avslutningsvis skall nämnas artikel 30-39 som behandlar nedsättning av aktiekapitalet. Den mest centrala regeln är artikel 32 som behandlar det skydd bolagets borgenärer måste tillförsäkras innan nedsättning av aktiekapitalet får genomföras. Den tyska bolagsrätten har här fungerat som en förebild vid utformningen av artikeln.⁶ De övriga artiklarna behandlar bl a hur mycket kapitalet får sättas ned samt vilket bolagsorgan som skall besluta om nedsättningen.

4 Vinstutdelningsreglerna i 12 kap ABL

4.1 Inledning

Syftet med reglerna i 12 kap ABL är att skydda bolagets fordringsägare. Bestämmelserna i 12 kap ABL reglerar därför i vilka former samt med vilka belopp medel får betalas ut från bolaget till t ex en aktieägare. Reglerna utgör en juridisk konstruktion som innefattar en avvägning mellan dels aktieägarnas intresse av mesta möjliga utdelning, dels borgenärernas intresse av att bolagets förmögenhetsmassa inte understiger en viss storlek.⁷

Den grundläggande regeln när det gäller utbetalningar till aktieägare återfinns i

⁴ SOU 1992:83, s 235

⁵ Prop 1999/2000:34, s 52

⁶ SOU 1992:83, s 298

⁷ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag 2000, s 9

12:1 1 st ABL och som framgår av paragrafen tillhandahåller ABL fyra olika tänkbara former för utbetalningar. (Det sistnämnda alternativet, utbetalning i samband med bolagets likvidation kommer dock av utrymmesskäl inte att beröras vidare i detta arbete.)

Eftersom lagtexten, utan att ge någon närmare definition av uttrycket, talar om *utbetalningar* till aktieägare, blir en första fråga att besvara vad som faktiskt menas med detta begrepp. Innan vi fördjupar oss i denna problematik är det dock av stor vikt att hålla i minnet att lagtexten i 12:1 ABL i viss mån är missvisande. Som kommer att framgå av den följande framställningen har nämligen såväl praxis som doktrin utvidgat och även preciserat innebörden av reglerna.

4.2 Definition av utbetalningsbegreppet

En utbetalning från ett bolag kännetecknas av att bolaget på ett eller annat sätt för över bolagstillgångar till en mottagare (vanligtvis en aktieägare). Åsikterna vad som mer specifikt skall anses utgöra en utbetalning är i doktrin dock något varierande. Nerep menar t ex, att alla dispositioner som medför att bolagets tillgångar minskar eller att dess skulder ökar, är att betrakta som utbetalningar enligt 12:1 1 st ABL. Nerep menar alltså att även t ex koncernbidrag, löneutbetalningar, köpeskillningar, skadestånd samt sakvärdesöverföringar utgör utbetalningar. En grundläggande förutsättning för att så skall vara fallet, är dock enligt Nerep att transaktionen innefattar någon form av benefikt moment, d v s att rättshandlingen till någon del är vederlagsfri.⁸ Huruvida transaktionen i fråga är vederlagsfri avgörs enligt nyssnämnda författare av om transaktionen är affärsmässigt betingad eller inte. Denna koppling till affärsmässighet motiveras enligt Nerep med att ett bolag måste tillåtas att göra dåliga affärer utan att det för den skull blir fråga om en utbetalning som faller in under 12 kap ABL. Han menar vidare att transaktionen *är* att betrakta som en utbetalning om det råder ett värdemässigt uppenbart missförhållande mellan parternas prestationer.⁹

Anderssons definition av utbetalningsbegreppet ser något annorlunda ut. Han menar att en transaktion utgör en utbetalning om: transaktionen medför en förmögenhetsminskning för bolaget och en förmögenhetsökning för aktieägaren och där dessa förmögenhetsförändringar korresponderar med varandra. Vidare måste förmögenhetsöverföringen härröra från en prestation av bolaget och dessutom bör man ta hänsyn till *syftet* med transaktionen. Det är dessutom viktigt att bedömningen som görs är strikt objektiv vilket medför att en transaktion är att betrakta som en utbetalning så fort värdet av motpartens prestation understiger värdet av bolagets prestation. Det skall m a o föreligga en objektiv värdediskrepans.¹⁰

Viktigt att observera i sammanhanget är att Andersson, trots att han förespråkar en objektiv bedömning av värdediskrepansen, menar att domstolen skall vara generös när de bedömer de respektive parternas prestationer och dessutom menar han, som nämnts ovan, att hänsyn skall tas till det bakomliggande syftet med transaktionen. Det senare

⁸ Nerep, Aktiebolagsrättsliga studier- Särskilt om kapitalskyddet 1994 s 58 f

⁹ Nerep 1994, s 60 ff

¹⁰ Andersson 1995, s 399-418 samt Andersson 2000, s 76 ff

skulle då kunna tyda på att Andersson även anser att det finns ett subjektivt rekvisit att ta hänsyn till.

I SOU 2001:1 föreslår Aktiebolagskommittén en helt ny utformning av kapitalskyddsreglerna i ABL. Kommittén föreslår nämligen att alla regler till skydd för bolagets bundna kapital, samlas i ett gemensamt block. Detta block kommer då att inledas med 14 kap som skall innehålla vissa grundläggande bestämmelser om värdeöverföringar från aktiebolag. 14:1 föreslås av kommittén få följande lydelse:¹¹

” Med värdeöverföring avses i denna lag

- 1. vinstutdelning,*
- 2. förvärv av egna aktier,*
- 3. minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna,*
- 4. utskiftning vid likvidation, samt*
- 5. annan affärshändelse, om den innebär att bolaget av annat än rent affärsmässiga skäl minskar sin förmögenhet.”*

Nuvarande utbetalningsbegrepp har alltså bytts ut mot begreppet värdeöverföring. Enligt kommittén antyder detta begrepp att ett värde skall överföras från bolaget, vars förmögenhet minskar, till någon annan. I paragrafens p 5 finns dock en regel som är avsedd att täcka in situationer då bolagets tillgångar minskar men utan att någon annan gör en motsvarande vinst. Huruvida bolagets förmögenhet faktiskt minskat får då enligt kommittén avgöras men hjälp av vanliga värderingsregler. Av p 5 framgår det vidare att transaktionen i fråga måste vidtagits av annat än rent affärsmässiga skäl. Med detta skall enligt kommittén förstås att det är bolagets ställföreträdarens syfte med rättshandlingen som skall ligga till grund för bedömningen.¹²

I SOU 2001:1 ger Aktiebolagskommittén vidare en rad exempel på icke – affärsmässigt betingade transaktioner som kan medföra att bolagets förmögenhet minskar.¹³ Det rör sig alltså om exempel på former för utbetalningar. Innan vi går in närmare på den problematiken skall vi dock först redogöra för vilka mottagarsubjekt som omfattas av reglerna i 12 kap ABL.

4.3 Icke – aktieägare som mottagare av en utbetalning från ett aktiebolag

Som ovan framgått reglerar lagtexten i 12:1 1 st ABL uttryckligen endast situationen då en aktieägare står som mottagare till utbetalningen från bolaget. I doktrin har det dock varit en tämligen etablerad uppfattning att det som allmän aktiebolagsrättslig princip gäller att ifrågavarande regel även skall gälla vid utbetalningar till icke – aktieägare.¹⁴ Denna uppfattning har dock inte delats av alla utan vissa författare har menat, att en sådan analogitillämpning endast bör göras då utbetalningen till den utomstående företas i aktieägares direkta eller indirekta intresse.¹⁵

¹¹ SOU 2001:1, s 110

¹² SOU 2001:1, s 355

¹³ SOU 2001:1, s 355

¹⁴ Andersson 2000, s 66 samt Rodhe, Aktiebolagsrätt 2000, s 123 ff

¹⁵ Se t ex Kleinman, Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen och allmänna rättsgrundsatser om vindikation JT 1994/95, s 435 ff

Om man granskar problematiken utifrån syftet med reglerna i 12 kap ABL (ur borgenärsskyddsperspektiv alltså) så framstår det som ganska naturligt att även andra mottagare än aktieägare bör omfattas. En borgenär till bolaget drabbas ju lika hårt oavsett till vem bolaget avhänder sig egendomen. Denna uppfattning förespråkas som tidigare nämnts också av flertalet författare varav en är Andersson. Han menar således att vinstutdelningsreglerna i ABL bör tillämpas fullt ut oavsett vem som är mottagare. Det skall enligt honom heller inte spela någon roll om mottagaren ifråga är närstående eller inte, till bolaget.¹⁶ På denna inställning är Andersson naturligt nog delvis kritisk till HD:s avgörande i NJA 1997 s 418. De faktiska omständigheterna i målet var i korthet följande:¹⁷

Leasing Consult SÖMÅ AB (SÖMÅ) ingick i en skölda koncern med två fysiska personer som indirekta ägare. SÖMÅ beviljade ett lån om ca 30 miljoner kr till sitt systerbolag JOW AB (LC). LC använde omedelbart dessa lånade pengar för att amortera sin checkräkningskredit hos Sparbanken Sverige AB (Sparbanken). Vid tidpunkten för lånet var LC:s finanser mycket dåliga och bolaget var såldes inte betalningsdugligt. SÖMÅ försattes sedermera i konkurs och SÖMÅ:s konkursbo krävde ersättning av Sparbanken som ju mottagit medlen från LC. SÖMÅ:s konkursbo anförde som grund för detta yrkande (1) att LC var skyldigt att enligt 12:5 1 st ABL eller grunderna för detta lagrum, återbära de ca 30 miljoner kronorna eftersom fråga varit om olovlig vinstutdelning och att Sparbanken ådragit sig ett bristtäckningsansvar enligt 12:5 2 st ABL, eller (2) att Sparbanken blivit betalningsskyldig enligt allmänna rättsgrundsatser eftersom bankens ställföreträdare hade vetskap om eller borde insett att pengarna uttagits olovligt från SÖMÅ.

HD klargör i målet under vilka förutsättningar 12:1-2 samt 12:5 ABL kan bli analogt tillämpliga (angående detta senare lagrum se nedan avsnitt 4.8) Reglerna skall enligt HD tillämpas analogt i följande fall:

1. Där mottagaren av utbetalningen är en till någon aktieägare fysisk eller juridisk närstående person.¹⁸
2. När mottagaren i ett nära sakligt sammanhang med utbetalningen upphör att vara eller blir aktieägare i det utbetalande bolaget.
3. När andra ägarliknande kopplingar föreligger.

Som motiv till denna analogitillämpning anför HD främst att syftet med 12 kap ABL ju är att skydda bolagets borgenärer. HD hänvisar här också till vad som uttalats i förarbetena till ABL.¹⁹ Däremot anser HD inte att det är lämpligt att göra reglerna generellt tillämpliga vid alla vederlagsfria utbetalningar helt oavsett vem som är mottagare. Skälet till detta anges främst vara att hänsyn måste tas till säkerheten i omsättningen och det praktiska livet.²⁰

Det är just detta sistnämnda som Andersson ställer sig tveksam till. Han menar nämligen att skyddet för omsättningen kan tillgodoses inom ramen för bedömningen

¹⁶ Andersson 2000, s 66 ff samt Andersson, Utomståendes ersättningsskyldighet jämte vindikation vid olovlig vinstutdelning – Ett avgörande från Högsta domstolen SvJT 1998, s 52 ff

¹⁷ NJA 1997 s 418, s 448

¹⁸ För vidare resonemang kring begreppet närstående se t ex Andersson 2000, s 70 f

¹⁹ Prop 1975:103, s 476

²⁰ NJA 1997 s 418, s 448

av när en vederlagsfri utbetalning till en utomstående skall anses föreligga (objektiv, uppenbar värdediskrepans, se ovan) samt genom ett godtrosskydd i samband med en analog tillämpning av återbäringsskyldigheten i 12:5 1 st ABL. Vidare menar Andersson att HD:s resonemang har en stor svaghet såtillvida att det fortfarande råder osäkerhet när det gäller var den exakta gränsen för den analoga tillämpningen skall dras, eller m a o vid bedömandet av om en viss person faller in under någon av ovannämnda kategorier.²¹

Vi delar i viss utsträckning Anderssons uppfattning eftersom HD:s avgörande enligt vår mening inte bidrar till att öka förutsebarheten i systemet. Det förefaller fortfarande vara relativt svårt för en mottagare att i det enskilda fallet avgöra huruvida den av bolaget vidtagna transaktionen är juridiskt korrekt eller om personen i fråga riskerar att bli återbäringsskyldig. Denna osäkerhet torde enligt vår mening (och Anderssons) verka minst lika hämmande på omsättningen som en helt generell tillämpning av vinstutdelningsreglerna skulle kunna göra. Vi menar därför att en generell tillämpning är att föredra, framförallt med hänsyn till att en sådan tillämpning dessutom bättre skulle tillvarata borgenärernas intresse. Ur aktieägarperspektiv bör det inte heller vara negativt eftersom även aktieägare har ett intresse av att bolag inte avhänder sig egendom till utomstående.

Vår uppfattning överensstämmer f ö också med Aktiebolagskommitténs, som föreslår att den nya regeln bör placeras i 14:3 1 st ABL och få följande lydelse²²: (Paragrafen är mycket lång varför här bara återges de två första meningarna)

” Bolaget får inte genomföra en värdeöverföring till aktieägare eller annan om det inte finns full täckning för det bundna egna kapitalet efter överföringen. Fattas beslut om värdeöverföringen vid ordinarie bolagsstämma som fastställer bolagets resultaträkning och balansräkning skall beräkningen av täckningen för det bundna egna kapitalet göras enligt den på bolagsstämman fastställda balansräkningen.”

Den föreslagna paragrafutformningen ligger alltså helt i linje med vår och många andra författares uppfattning eftersom lagtexten uttryckligen fastslår att vinstutdelningsreglerna skall gälla även då *annan* än aktieägare är mottagare.

4.4 Exempel på former för utbetalningar

I detta avsnitt skall redogöras för vissa av de i SOU 2001:1 uppräknade exemplen²³ på former för utbetalningar där fråga alltså inte är om öppna utbetalningar i form av pengar. Huruvida det sistnämnda är för handen eller ej är ju sällan något problem att avgöra. Den följande framställningen bygger också i stor utsträckning på Anderssons arbete.²⁴

²¹ Andersson, SvJT 1998, s 60 ff

²² SOU 2001:1, s 111

²³ SOU 2001:1, s 356

²⁴ Andersson 1995, s 430 - 473

4.4.1 Sakvärdesöverföringar

Ett typiskt exempel på dold vinstutdelning är då bolagets egendom på ett benefikt sätt överläts genom en s k sakvärdesutbetalning. Det kan mer specifikt t ex vara fråga om att bolagets egendom säljs till underpris eller att en lokal tillhörig bolaget, hyrs ut till en hyra som inte motsvarar det normala. Det kan förstås också vara fråga om det omvända, d v s att bolaget betalar ett överpris för en vara eller en tjänst.²⁵

Huruvida en transaktion av nyssnämnda slag utgör en dold vinstutdelning får som framgått ovan bedömas utifrån värdediskrepansen mellan bolagets och mottagarens respektive prestationer. Det svåra med en dylik bedömning är enligt Andersson att fastställa marknadsvärdet på den aktuella egendomen. Några generella regler går inte att ge utan en individuell bedömning måste göras i varje enskilt fall.²⁶

Observera att frågan om det överhuvudtaget föreligger någon dold vinstutdelning eller ej, inte får sammanblandas med frågan om transaktionen är aktiebolagsrättsligt lovlig eller inte i förhållande till t ex beloppsspärren i 12:2 1 st ABL.²⁷ Vid bedömningen av det senare aktualiseras bl a problematiken med brutto – och nettometoderna men mer om detta nedan i avsnitt 4.5.2.1.

4.4.2 Penninglån

När ett aktiebolag bildas är aktieägarna som bekant skyldiga att betala sina aktier antingen kontant eller genom tillskjutande av apportegendom. För att denna regel inte skall vara en tandlös papperstiger finns regler i 12:7 ABL som bl a föreskriver att ett bolag inte får låna ut pengar till eller ställa säkerhet för ett lån som tagits av bolagets aktieägare, styrelseledamot, VD eller till personer som är fysiskt eller juridiskt närstående till dessa.²⁸

Detta generella låneförbud kommer inte att behandlas ytterligare i detta arbete utan istället skall fokuseras på i vilka situationer ett lån *dessutom* kan falla under reglerna om vinstutdelning i 12:1–2 ABL. Frågan har varit uppe för behandling i HD vid ett flertal tillfällen och första gången var i de s k ”Suecia målet” 1951. Omständigheterna var i korthet följande:²⁹

Bolaget Rederi AB Suecia (Suecia) ägdes av Carlsund (C). Den 1 november 1945 sålde C samtliga aktier i Suecia till Santesson (S). S saknade emellertid pengar att betala köpeskillingen med varför denna finansierades dels genom att C lånade ut pengar till S från Suecia mot att bolaget fick en fordran på S, dels genom att S efter att han förvärvat Suecia, lät bolaget ta upp ett lån som han sedan använde för att betala den resterande köpesumman med. S lämnade inte någon säkerhet för någon av dessa fordringar och totalt uppgick S skuld till Suecia till ca 1 350 000 kr. Utdelningsbart kapital i Suecia var vid tidpunkten för transaktionerna 23 734 kr.

²⁵ SOU 2001:1, s 356

²⁶ Andersson 2000, s 81 samt Andersson 1995, s 433 - 438

²⁷ Andersson 2000, s 54

²⁸ Hemström, Bolagets rättsliga ställning 1997, s 168 ff

²⁹ NJA 1951 s 6 I

HD slår i målet fast att ett lån som av bolaget lämnas till en icke- betalningsduglig mottagare skall bedömas som en dold vinstutdelning.³⁰ I förevarande fall konstaterar HD att Suecias fordran på S praktiskt taget saknade värde och att transaktionen därför innebar en olovlig, dold vinstutdelning motsvarande det belopp som översteg Suecias fria egna kapital.

Efter Sueciafallet har problemet varit uppe för behandling vid ytterligare ett flertal tillfällen. Som ex kan nämnas NJA 1966 s 457, NJA 1976 s 618 samt NJA 1990 s 343 det s k Nordanland fallet. Här skall dock bara redogöras för omständigheterna i det sistnämnda målet.³¹

Dotterbolaget Quadrigarius (Q) hade till sitt moderbolag Nordanland (N) under perioden november 1981 till mars 1982, lånat ut ca 11 miljoner kr. I maj 1982 beviljades N ett ackord av Q som nästan uppgick till hela lånesumman. Detta ackord innebar alltså att Q i princip avstod från sin lånefordran på N.

HD konstaterade i målet att vid bedömandet av N:s betalningsduglighet så framkom att N:s tillgångar avsevärt understeg bolagets skulder vilket medförde att bolaget måste anses betalningsodugligt. Lånetransaktionen skulle således enligt HD bedömas som en vederlagsfri utdelning från Q till N.³²

En annan viktig fråga som varit föremål för relativt omfattande diskussion är vid vilken *tidpunkt* mottagarens betalningsförmåga skall prövas. HD fastslog i nyssnämnda rättsfall att betalningsförmågan skall prövas vid *tidpunkten för lånet*.³³

4.4.3 Tredjemanspant

En inte helt ovanlig situation är att ett aktiebolag ställer en säkerhet för en aktieägars skuld till tredje man. Enligt Andersson är rättsläget något oklart vad beträffar under vilka förutsättningar ett sådant säkerställande/pantsättande skall betraktas som vederlagsfri samt huruvida det vederlagsfria beloppet i så fall skall jämföras med utdelningsbart belopp i 12:2 ABL. (Angående beloppsspärren se nedan avsnitt 4.5) Osäkerheten består i att vissa författare hävdar att säkerställandet skall betraktas som vederlagsfritt så fort det inte uppfyller ett kommersiellt syfte och alltså inte är affärsmässigt betingat.³⁴ (Observera att ett säkerställande även kan strida mot 12:7ABL)

Sedan 1980 gäller i vart fall helt klart att ett säkerställande skall anses som vederlagsfritt under samma förutsättningar som gäller för lämnande av penninglån. 1980 kom nämligen ett mycket uppmärksammat avgörande från HD som brukar kallas "Sveton målet". Omständigheterna i målet var i korthet följande:³⁵

³⁰ NJA 1951 s 6 I, s 25 f

³¹ NJA 1990 s 343, s 343 f

³² NJA 1990 s 343, s 350 f

³³ NJA 1990 s 343, s 350

³⁴ Andersson 2000, s 82 ff med hänvisning till t ex Lindskog, Olovlig kapitalanvändning; kommentarer med anledning av våra tingsrättsdomar JT 1992/93, s 99 not 57

³⁵ NJA 1980 s 311

1964 sålde Sveton samtliga aktier i sitt bolag till Svensson och Vargklev. Köpeskillingen för aktierna skulle erläggas genom årliga avbetalningar i 25 år. I samband med försäljningen överlämnade bolaget till säljaren Sveton, såsom säkerhet för Svenssons och Vargklevs "kredit", inteckningar i bolagets fasta egendom samt förlagsinteckningar i bolagets rörelse. Bolaget erhöll i gengäld en regressfordran mot Svensson och Vargklev. Sedan bolaget försatts i konkurs uppkom frågan om, och i så fall i vilken utsträckning, bolaget kunde med laga verkan ställa säkerhet för ifrågavarande ändamål.

HD konstaterade i målet till att börja med att enligt tidigare avgöranden (ex NJA 1951 s 6 I och II) har lån från bolaget till aktieägare under förutsättning att mottagaren ansetts betalningsoduglig, kunnat anses som olovlig vinstutdelning. Därefter anför HD att det i ifrågavarande fall visserligen inte rör sig om ett lån utan ett säkerställande men att eftersom säkerställandet inte var affärsmässigt betingat (regressfordran mot Svensson och Vargklev saknade värde eftersom de var insolventa) så måste transaktionen betraktas som vederlagsfri och därmed underställas samma krav som andra utbetalningar.³⁶

En annan viktig fråga som avgjordes i förevarande fall var vid vilken tidpunkt bedömningen av *storleken på bolagets fria egna kapital* skall göras. HD fann att det precis som vid bedömningen av mottagarens betalningsförmåga, är tidpunkten för *transaktionen* (säkerställandet) som är avgörande.³⁷ Rättsläget är f ö detsamma när det gäller borgensförbindelser till förmån för aktieägare.³⁸

4.5 Beloppsspärren i 12:2 1 st ABL

4.5.1 Inledning

Detta avsnitt är ämnat att behandla problematiken kring 12:2 1 st ABL. I ifrågavarande lagrum regleras hur stora summor ett bolag kan dela ut till aktieägare eller ev andra (se ovan avsnitt 4.3 angående icke - aktieägare som betalningsmottagare). Bestämmelserna i 12:2 ABL utgör tvingande borgenärsskyddsregler som inte kan åsidosättas ens med samtliga aktieägars samtycke.³⁹

Paragrafen är indelad i två stycken. I första stycket regleras den s k beloppsspärren vilken kommer att behandlas i detta avsnitt och i paragrafens andra stycke finns den s k försiktighetsregeln som diskuteras nedan under avsnitt 4.6.

12:2 st ABL reglerar alltså under vilka förutsättningar en utbetalning är lovlig ur borgenärsskyddsperspektiv. Observera dock att en beloppsmässigt godtagbar utbetalning ändå kan vara olovlig enligt t ex principen om likabehandling av aktieägare och funktionsfördelningen mellan bolagsorganen.

³⁶ NJA 1980 s 311, s 316

³⁷ NJA 1980 s 311, s 319

³⁸ Se t ex NJA 1995 s 418 samt Andersson 2000, s 84

³⁹ Se t ex 9:17 3 st p 1 ABL

4.5.2 Beloppsspärren i 12:2 1 st ABL

I 73 § 1 mom 1944 års aktiebolagslag stadgades att ett bolag till aktieägare inte fick utbetala annat än den vinst som fanns enligt fastställd balansräkning. Med vinst avsågs då balanserad vinst och nettovinst för räkenskapsåret. I och med att vår nuvarande ABL trädde i kraft så infördes dock en något annorlunda terminologi. För att beskriva utdelningsbara poster i ett aktiebolag, infördes nämligen begreppet *fritt eget kapital* som numera definieras i 11:7 2 st ABL.⁴⁰

Dagens motsvarighet till 73 § 1 mom i 1944 års lag återfinns nu alltså i 12:2 1 st ABL. Bestämmelsen syftar således till att i borgenärernas intresse bevara det bundna egna kapitalet intakt och tillåter därför bara utdelning som endast tar i anspråk medel motsvarande bolagets fria egna kapital enligt fastställd balansräkning, med avdrag för redovisad förlust samt för vad som skall avsättas till bundna fonder. Dessutom måste försiktighetsregeln i paragrafens andra stycke alltid beaktas.

Beloppsspärren i 12:2 1 st ABL kan tyckas ganska klar och precis till sin utformning men den har medfört en hel del tillämpningsproblem. Detta har varit fallet när det t ex varit fråga om sakvärdesutbetalningar i stället för utdelning i form av pengar, eftersom det rått tveksamhet om huruvida det är den utdelade egendomens *bokförda* värde eller *marknadsvärde* som skall täckas av fritt eget kapital. (Brutto – nettoproblemet. Se nästa avsnitt) Denna problematik har bidragit till att Aktiebolagskommittén har föreslagit en ny lydelse av beloppsspärren som innebär att fokuseringen på skyddet för bolagets bundna kapital förstärks men mer om det i nästa avsnitt.⁴¹

4.5.2.1 Brutto - och nettometoderna

Som nämnts ovan kan en utbetalning ske genom att bolaget överför ett sakvärde till en aktieägare. Det kan t ex vara fråga om försäljning av bolagets egendom till underpris till en aktieägare.

En i doktrin mycket omdiskuterad fråga som hör samman med dylika sakvärdesutbetalningar är hur parternas prestationer skall värderas.⁴² Det råder nämligen delade meningar (om än i mindre utsträckning nu än tidigare) huruvida det är skillnaden mellan den överförda egendomens marknadsvärde och försäljningsvärdet som skall ställas mot bolagets fria egna kapital (bruttometoden) eller om det är skillnaden mellan egendomens bokförda värde och det aktuella försäljningsvärdet (nettometoden), som skall ligga till grund för bedömningen.⁴³ Frågan är problematisk men samtidigt viktig, eftersom en tillgångs bokförda värde ofta är lägre än dess marknadsvärde vilket i sin tur är en följd av reglerna i bokföringslagen (BFL) samt årsredovisningslagen (ÅRL). Dessutom aktualiseras frågan inte bara vid renodlad vinstutdelning utan även vid t ex utbetalning i samband med nedsättning av aktiekapitalet. (Se nedan kapitel 6) Enligt 13 § BFL och 4:1 ÅRL görs en åtskillnad

⁴⁰ Andersson 1995, s 172 ff

⁴¹ SOU 2001:1, s 111

⁴² Andersson 1995, s 317 f

⁴³ Se t ex Nerep 1994, s 178 ff, Kedner – Roos, Aktiebolagslagen. Del II, (11 – 19 kap) jämte Bokföringslagens bestämmelser om årsbokslut med kommentarer 1991, s 102 ff, Lindskog, Aktiebolagslagen. 12 och 13 kap. Kapitalskydd och likvidation 1995 samt Andersson 1995, s 320 ff

mellan bolagets anläggningstillgångar och omsättningstillgångar.

Anläggningstillgångarna är normalt sett föremål för avskrivningar eftersom det är ett sätt för ägaren att räkna av den värdeminskning som egendomen, t ex genom slitage, utsätts för över tiden. I BFL samt i ÅRL finns regler för hur omfattande dessa avskrivningar får lov att vara samt för vilka värderingsmetoder som skall användas (ex den s k försiktighetsregeln)⁴⁴.

De argument som anförts för bruttometoden är bl a att borgenärsskyddet inte i första hand grundas på den post som det bundna egna kapitalet utgör i balansräkningen utan på bolagsförmögenheten som sådan. Vidare har anförts att bruttometoden ger en mer rättvisande bild av åtgärdens ekonomiska verkan för bolaget samt att metoden motverkar förtäckta rättshandlingar i form av dold utdelning. Den är dessutom den rådande principen i flera europeiska länder som t ex Tyskland och Norge⁴⁵

Vad gäller nettometoden har bl a anförts att nettometoden ligger väl i linje med 12 kapitlets huvudsakliga syfte som ju är att skydda bolagets bundna egna kapital och att nettometoden är den metod som under lång tid tillämpats i det praktiska livet. Vidare har framhållits att nettometoden överensstämmer med den praxis som finns kring reglerna om tvångslikvidation i 13:2 ABL (Se t ex NJA 1988 s 620.) och att det bokförda värdet är enklare att använda än ett diffust marknadsvärde.⁴⁶

Som synes finns alltså en rad mer eller mindre goda argument som talar för båda metoderna. De lege lata får dock frågan anses vara avgjord i och med att HD behandlat frågan tämligen utförligt i två mycket uppmärksammade mål från 1995. Det är dock bara det ena av dessa mål som finns refererat⁴⁷ och frågan i målet var huruvida en försäljning av en fastighet till bokfört värde, skulle betraktas som en dold olovlig vinstutdelning eftersom försäljningsvärdet understeg marknadsvärdet.⁴⁸

HD konstaterar i målet till att börja med att den samlade bilden av åsikterna i doktrin är splittrad och att ingen av de båda metoderna framstår som helt självklar.⁴⁹ Efter att ha vägt ett flertal argument såväl för som emot de båda metoderna mot varandra, stannar HD dock för nettometoden. Skälet till denna ståndpunkt verkar främst ha varit hänsynen till det praktiska livet. HD anför nämligen att det skulle leda till många och svåröverskådliga komplikationer och även framtida processer avseende transaktioner långt tillbaka i tiden om det nu skulle fastslås att reglerna skulle ha en annan innebörd än den som så många antagit.⁵⁰

Att HD fastslagit nettometoden som godtagbar bedömningsmetod innebär dock inte att ett bolag hur fritt som helst kan föra över tillgångar till deras bokförda värde, utan det finns en rad restriktioner att följa när det gäller dylika transaktioner. För det första måste det bokförda värdet grunda sig på en korrekt användning av ned – och avskrivningsreglerna i BFL och ÅRL.⁵¹ Vidare är det en ofrånkomlig förutsättning att bolaget har ett intakt bundet kapital samt en fylld reservfond. Skulle bolagets bundna

⁴⁴ Thorell, Företagets redovisning 1994, s 59 - 70

⁴⁵ Andersson 2000, s 52 samt Andersson 1995, s 331 - 369

⁴⁶ Andersson 2000, s 52 samt Andersson 1995, s 331 - 369

⁴⁷ NJA 1995 s 742 samt det orefererade DT 231

⁴⁸ NJA 1995 s 742, s 742 f

⁴⁹ NJA 1995 s 742, s 760 f

⁵⁰ NJA 1995 s 742, s 767

⁵¹ Andersson 2000, s 54

egna kapital inte vara intakt gäller nämligen att en aktieägare måste erlagga dels ett belopp motsvarande det bokförda värdet, dels så mycket som behövs för att täcka bristen i det bundna egna kapitalet. Aktieägaren behöver dock aldrig betala mer än tillgångens marknadsvärde.⁵²

Utöver detta är det viktigt att, som nämnts tidigare, komma ihåg att försiktighetsregeln i 12:2 2 st ABL alltid måste beaktas samt att en beloppsmässigt godtagbar utdelning ändå kan vara olovlig enligt reglerna om t ex likabehandling av aktieägare samt funktionsfördelningen mellan bolagsorganen. I en situation som de två sistnämnda gäller dessutom överhuvudtaget inte nettometoden utan transaktionen utgör en utdelning motsvarande *marknadsvärdet* med avdrag för ev köpeskilling. Nettometoden gäller alltså enbart vid prövning enligt beloppsregeln i 12:2 1 st ABL.⁵³

Som nämnts i slutet av föregående avsnitt har Aktiebolagskommittén i sitt förslag till ny ABL valt att ändra beloppsspärrens utformning så att fokuseringen på skyddet för bolagets bundna, egna kapital förstärks. Den nya regelns lydelse framgår ovan under avsnitt 4.3 om andra mottagare än aktieägare och av störst vikt i beloppssammanhang är förstås formuleringen ” Bolaget får inte genomföra en värdeöverföring till aktieägare eller annan *om det inte finns full täckning för det bundna egna kapitalet efter överföringen.*”⁵⁴ (Vår kursivering.) Enligt kommittén innebär den nya utformningen att lagtexten ändrat fokus från bolagets fria egna kapital till bolagets bundna egna kapital. Enligt kommittén medför detta att skyddet för bolagets kapital stärks. Kommittén menar nämligen att det av lagtexten framgår att det är de i bolaget, omedelbart efter utbetalningen, kvarvarande nettotillgångarnas *bokförda värde* som skall läggas till grund för bedömningen av huruvida transaktionen inkräktar på bolagets bundna egna kapital eller inte.⁵⁵

4.6 Försiktighetsregeln i 12:2 2 st ABL

4.6.1 Inledning

I 12:2 2 st ABL stadgas att vinstutdelning inte får ske med så stort belopp att utdelningen med hänsyn till bolagets eller koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid med god affärssed. Försiktighetsregeln, som syftar till att skydda det bundna egna kapitalet, kan ses som ett komplement till 12:2 1 st ABL. Detta innebär att även om bolaget har tillräckligt med bundet eget kapital, vilket skulle innebära att en utdelning är förenlig med 12:2 1 st ABL, kan utbetalningen komma att strida mot försiktighetsregeln i 12:2 2 st ABL. Försiktighetsregeln ställer m a o större krav på återhållsamhet än vad som följer av första styckets beloppsspärr.

En princip som liknar försiktighetsregeln nämns redan i förarbetena till 1944 års lag men det var först i 1975 års aktiebolagslag som försiktighetsregeln infördes.

Viss kritik mot försiktighetsregeln går att utläsa i den doktrin som behandlar ämnet. Lindskog menar t ex att försiktighetsregeln i praktiken kan ge upphov till vissa

⁵² Andersson 2000, s 55

⁵³ Andersson 2000, s 54 - 58

⁵⁴ SOU 2001:1, s 111

⁵⁵ SOU 1997:168, s 12 f samt s 79 f

avgränsningsproblem. Regeln gör att det skapas en gråzon mellan en klart tillåten och en klart otillåten vinstutdelning. Det finns därför en fara för en onödig försiktighet när styrelsen skall pröva huruvida en vinstutdelning är lovlig eller ej, vilket i sin tur kan påverka bolaget negativt. Samtidigt kan utdelningens mottagare uppleva en viss osäkerhet om huruvida han får behålla utdelningen eller inte. Lindskog efterlyser därför en viss återhållsamhet vid tillämpning av försiktighetsregeln, dels för att borgenärerna knappast räknat med något skydd utöver den marginal som det bundna egna kapitalet utgör och dels på grund av den osäkerhet som försiktighetsregeln trots allt medför.

För att omöjligt tydliggöra den närmare innerbörden av försiktighetsregeln, kommer vi nu att redogöra mer ingående för de olika rekvisiten i paragrafen.

4.6.2 Konsolideringsbehov

Med konsolidering menas inom företagsekonomi förbättring av företagets soliditet, dvs relationen mellan eget kapital och skulder, genom innehållande av vinstmedel.⁵⁶ Det rör sig alltså om en långsiktig bedömning, åtminstone på några år och frågan blir då hur konsolideringsbehovet ser ut för ett aktiebolag? Enligt Andersson bör bolag innehålla vinstmedel åtminstone när skuldsättningen är betydande i relation till aktiekapitalet. Detta hänger också ihop med bolagsorganens plikt att vid vinstutdelning ta hänsyn till bolagets *reella* ekonomiska ställning (försiktighetsregeln). Detta är något helt annat än bolagets formella ekonomiska ställning vilken bedöms enligt 12:2 1st ABL (se ovan beloppsspärren). Enligt Lindskog definieras konsolidering ”soliditetsförbättring av egen kraft”.⁵⁷ Genom att bolaget avstår från nya expansiva verksamheter eller genom att sälja tillgångar för att reducera skulderna, kan bolaget konsolidera sig självt och således förbättra sin soliditet. Ett tredje sätt är att bolaget avstår från vinstutdelning. Bolaget måste, för att uppfylla rekvisitet, ha en adekvat soliditet i förhållande till omständigheterna. Med det förstås att bolaget skall kunna hantera icke osannolika ekonomiska faror. En måttstock på detta skulle enligt Lindskog kunna vara tre dåliga verksamhetsår i rad, med den reservationen att tre år inte är konstant utan i allra högsta grad beroende av hur verksamheten ser ut.

Rodhe menar att det inte är helt klart vad termen konsolidering egentligen åsyftar men att den lämpligast definitionen torde vara förhållandet mellan eget kapital och skulder. Om ett företag har tillräckligt stort kapital i förhållande till skulder är bolaget, enligt Rodhe, väl konsoliderat. Innebörden av ordet ”tillräckligt” är dock inte helt självklar. Rodhe finner det svårt att ge ett allmängiltigt mått på vad som i sammanhanget får anses vara ”tillräckligt” men klart är i alla fall att hänsyn måste tas till vilken typ av verksamhet bolaget bedriver (Jfr Lindskogs resonemang)⁵⁸.

4.6.3 Likviditet

⁵⁶ Andersson 2000, s 49

⁵⁷ Lindskog 1995, s 68

⁵⁸ Rodhe 2000, s 85

Nästa rekvisit att ta ställning till är bolagets ”likviditet”. Med likviditet menas bolagets kortfristiga betalningsförmåga. Bolaget bör inte ta sådana medel i anspråk som kan komma att behövas till betalning i en likviditetskris. Med andra ord får inte en utbetalning av vinst leda till att bolagets förmåga att betala de löpande skulderna nämnvärt försämrats.

Bedömningen av rekvisitet skall enligt Andersson göras på kort sikt, d v s för en tidsperiod om några månader upp till ett år. Vidare menar Andersson att ett bolag för att uppfylla likviditetsrekvisitet aldrig får vara insolvent när beslut om vinstutdelning fattas. Detsamma gäller om bolaget genom vinstutdelningen skulle bli insolvent. Vid bedömningen om huruvida likviditetsrekvisitet är uppfyllt tar Andersson hjälp av en hypotetisk fråga: ”Har bolagsorganen befogad anledning att tro att bolaget oavsett den tänkta vinstutdelningen någon gång inom de följanden månaderna, eller undantagsvis det följande året, kan komma att få betalningssvårigheter?”.⁵⁹ Är svaret jakande är vinstutdelning troligtvis inte tillåten.

Lindskog menar att ett bolags behov av likviditet i högsta grad är beroende av verksamhetens omfattning och innehåll. Det är därför omöjligt att sätta ett visst belopp som mått på att ett bolags likviditetsbehov är uppfyllt. Istället kan även här ”tre dåliga verksamhetsår i rad” (se ovan) ligga till grund för bedömningen. Lindskog poängterar dock vikten av att bolaget därutöver har en viss marginal av likviditet eftersom likviditetsbehovet av naturliga skäl kan variera under året, exempelvis p g a säsong.⁶⁰

4.6.4 Ställning i övrigt

I prop 1975:103 förklaras uttrycket ”ställning i övrigt” med förändringar i bolagets ställning vilka inträffat efter räkenskapsårets slut. Som ex kan nämnas uppkomna svårigheter att avyttra bolagets produkter eller att en av bolaget lämnad kredit visat sig vara förlustbringande.⁶¹

Andersson delar, för enkelhetens skull, upp rekvisitet i två faktorer. För det första måste styrelsen i sitt vinstutdelningsförslag ta hänsyn till sådana förluster som inträffat efter räkenskapsårets utgång men före bolagsstämman. Dessutom syftar rekvisitet till sådana omständigheter som har betydelse för bolagets ställning även om de hänför sig till räkenskapsåret. Detta får till följd att både inom bolaget inträffade omständigheter, ex en betydande ordernedgång, samt utanför bolaget rådande förhållanden, ex konjunktursvängningar, skall beaktas.⁶²

⁵⁹ Andersson 2000, s 50

⁶⁰ Lindskog 1995, s 70f

⁶¹ Prop 1975:103, s 478

⁶² Andersson 2000, s 50

4.6.5 God affärssed

Rekvisitet ”god affärssed” kan ses som försiktighetsregelns svaghet p g a den osäkerhet som råder kring dess betydelse.⁶³ I motsats till ”god redovisningssed” vars betydelse beskrivs i BFL och ÅRL är begreppet alltså bara ett tomt skal utan innehåll.

Enligt Andersson är troligtvis avsikten med formuleringen att man vid bedömningen av samtliga rekvisit skall ta hänsyn till eventuella branschförhållanden för ifrågavarande företag. I de fall man inte kan fastställa någon god affärssed får istället de rådande förhållandena i det individuella företaget bli vägledande. Det är med andra ord fråga om en aktsamhetsbedömning.⁶⁴

Lindskog anför att med ”god affärssed” menas ”att styrelsen skall tillvarata berörda borgenärers berättigade intressen, vilket har skett om skuldens rätta betalande har säkrats”.⁶⁵

Rodhe konstaterar att någon affärssed inte har utvecklats, vilket innebär att det kan bli problematiskt att påstå att försiktighetsregeln har överträtts. Osäkerheten om rekvisitets betydelse innebär att domstolarna få ett relativt fritt tolkningsutrymme, något som knappast gynnar förutsebarheten.⁶⁶

Avslutningsvis kan sägas att Aktiebolagskommittén i SOU 2000:1 föreslår en förändring av försiktighetsregelns lydelse. Den nya formuleringen lyder som följer:⁶⁷

”...Även om hinder inte följer av första stycket får en värdeöverföring från bolaget till aktieägare eller annan ske endast i den mån det med hänsyn till bolagets och, om bolaget är moderbolag, koncernens konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt framstår som försvarligt. Därvid skall särskilt beaktas de krav som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på storleken på det egna kapitalet. Vad som sägs i första och andra styckena om värdeöverföring gäller även vid minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för avsättning till fritt eget kapital.”

Det nya förslaget innebär att det nuvarande rekvisitet ”god affärssed” ersätts med ett försvarlighetsrekvisit. Detta innebär såvitt vi kan se, att ett större krav kommer att ställas på bolagets ledning vad gäller bedömningen över hur mycket kapital som verksamheten är i behov av. Den nya lagformuleringen kommer troligtvis orsaka en del tolkningsproblem innan praxis dragit upp tydliga riktlinjer för hur bedömningen skall göras.

⁶³ Svensson, Aktiebolagslagen. Kommentarer och lagtexter 1999, s 206

⁶⁴ Andersson 2000, s 50-51

⁶⁵ Lindskog 1995, s 72

⁶⁶ Rodhe 2000, s 86

⁶⁷ SOU 2001:1, s 111

4.7 Rättsföljder vid olovlig vinstutdelning

4.7.1 Inledning

Enligt 12:5 1 st ABL inträder en återbäringsskyldighet för aktieägare ifall denne från bolaget mottagit en enligt ABL olovlig utbetalning. Bestämmelsen ligger helt i linje med vad som enligt allmänna rättsprinciper anses gälla för olagliga rättshandlingar, nämligen att ogiltighet inträder vilket i sin tur medför att prestationerna skall återgå.⁶⁸ Regeln i 12:5 1 st ABL utgör således vad som brukar kallas ett legalt förbud och är tillämplig alldeles oavsett varför utbetalningen i fråga strider mot ABL. Det kan alltså vara fråga om olovlig vinstutdelning, utbetalning i strid med reglerna om nedsättning av aktiekapitalet samt utskiftning i samband med likvidation. I detta avsnitt kommer dock bara situationen med olovlig vinstutdelning att behandlas. För problematiken kring nedsättning av aktiekapital, se nedan avsnitt 6.

4.7.2 Ogiltighetens närmare innebörd

Innebörden av 12:5 1 st ABL är inte helt klar utan ger upphov till en rad mer eller mindre komplicerade frågor. Särskilt gäller detta då fråga är om ogiltighet av en sakvärdesutbetalning. För det första uppkommer frågan om en mottagare vid en sakvärdesutbetalning skall återbära just den utdelade egendomen eller om det räcker att han återbetalar värdet av egendomen. För det andra är en viktig fråga i sammanhanget vilka sakrättsliga verkningar en olovlig vinstutdelning får. Huruvida även en icke aktieägare kan bli återbäringsskyldig samt innebörden av godtrosregeln i 12:5 1 st ABL sista meningen är ytterligare två viktiga frågor. Slutligen aktualiseras en rad frågor som rör bristtäckningsansvaret i 12:5 2 st ABL.

4.7.3 Värdeersättning istället för återbäring av specifik egendom

Problematiken kring värdeersättning i stället för återbäring av den specifika egendom som utdelats, har framförallt behandlats av Andersson.⁶⁹ Här kommer dock av utrymmesskal inte kunna lämnas någon utförlig redogörelse för hans arbete utan framställningen kommer att begränsas till en grundläggande översikt över nyss nämnda författares resonemang.

Andersson redogör för tre enligt honom tänkbara tolkningar av 12:5 1 st ABL. Han menar för det första att paragrafen kan tolkas som att fråga är om samma slags ogiltighet som för avtal i allmänhet. 12:5 1st ABL skulle då återspegla det förhållandet att vissa regler i ABL innefattar eller helt och hållet är att anse som självständiga ogiltighetsregler. Rättsföljden skulle då enligt denna tolkning bli att vardera partens prestationsskyldighet bortfaller samt att om prestationer redan fullgjorts, vardera parten skall återbära vad han mottagit enligt principen Zug - um - Zug. Skulle den aktuella egendomen av någon anledning vara omöjlig att återbära, torde en ersättningsskyldighet istället uppkomma motsvarande egendomens värde. (Jfr t ex 9:7 Föräldrabalken). Dessutom skulle ogiltigheten få sakrättslig verkan såtillvida

⁶⁸ Se t ex Avtalslagen 3 kap samt rättsföljd vid befogenhets – och behörighetsöverskridande i Malmström, Civilrätt 1997

⁶⁹ Andersson 1995, s 602 - 635

att bolaget äger vindicera den utdelade egendomen från tredje man såvida denne inte gjort ett extinktivt godtrosvärk.⁷⁰

Den andra av Andersson föreslagna tolkningmodellen är att återbetalningsskyldigheten enbart skall anses vara av obligatorisk art, vilket skulle medföra att ogiltigheten skulle sakna sakrättslig verkan. Samma återbetalningsskyldighet skulle då uppstå för aktieägaren som beskrivits i alternativ ett ovan, men skillnaden skulle ligga däri att bolaget inte kan kräva en tredje man som mottagit egendomen efter aktieägaren.⁷¹

Det tredje och sista tolkningsalternativet skulle enligt Andersson vara att 12:5 1 st ABL endast ger upphov till ett fordringsrättsligt anspråk där mottagande aktieägars återbäringsskyldighet endast består i en skyldighet att återbetala *värde* av den utdelade egendomen. Vilket detta värde är får då enligt Andersson, avgöras med hänsyn till vilken regel i ABL det är som i det enskilda fallet överträtts.⁷²

De lege lata menar Andersson att det är tolkningsalternativ nummer ett ovan, som är det mest korrekta sättet att i dagsläget tillämpa 12:5 1 st ABL och en aktieägare måste således troligen i första hand återbära just den egendom om han mottagit. Andersson ifrågasätter dock behovet av att förstå 12:5 1 st ABL på detta sätt och menar att det ur såväl borgenärsskyddsperspektiv som aktieägarperspektiv, torde vara fullt tillräckligt med en renodlad värdeersättningsskyldighet. Kapitalskyddsreglerna i ABL syftar ju till att skydda bolagets förmögenhet och inte just en specifik egendom.⁷³ Anderssons inställning får stöd dels genom Aktiebolagskommitténs uttalande, dels genom HD:s avgörande i NJA 1999 s 426. Aktiebolagskommittén menar nämligen att bestämmelsen i framtiden bör utformas som en självständig ersättningsskyldighetsregel där återbäring alltid skall ske genom en värdeersättning. Att värdeersättning blir obligatorisk motiveras med att en valfrihet mellan värdeersättning och sakåterbetalning för bolaget eller aktieägaren, skulle kunna öppna möjligheter för oönskade spekulationer i värdeförändring på egendomen.⁷⁴

Vad sedan gäller NJA 1999 s 426 (se även NJA 1997 s 418) ger detta rättsfall Andersson stöd i hans uppfattning att ogiltighet enligt 12:5 1 st ABL inte bör ges sakrättslig verkan. Mer om detta i nästkommande avsnitt.

4.7.4 Kan andra än aktieägare bli återbetalningsskyldiga?

Som redogjorts för ovan kan vinstutdelningsreglerna i 12:1-2 ABL bli tillämpliga även då en icke - aktieägare är mottagare av värdeöverföringen. (Se t ex NJA 1997 s 418.)

Frågan blir nu förstås om även 12:5 ABL kan bli tillämplig på annan än aktieägare. Lagtexten i 12:5 ABL talar i likhet med lagtexten i 12:1-2 ABL endast om utbetalningar till aktieägare. Detta medför givetvis att viss tveksamhet uppstår – skall

⁷⁰ Andersson 1995, s 602 ff

⁷¹ Andersson 1995, s 604 ff

⁷² Andersson 1995, s 600 f

⁷³ Andersson 1995, s 621 f

⁷⁴ SOU 1997:168, s 83 f

12:5 ABL tolkas bokstavligt eller gäller även här att lagtexten skall tolkas utöver sin ordalydelse och således alltså vara analogt tillämplig?

Andersson menar att så är fallet oavsett vem mottagaren är.⁷⁵ Kleineman däremot väljer att begränsa den analogiska tillämpningen till att bara gälla fall där det ligger i en aktieägars intresse att mottagande tredje man gynnas. Återbetalningsskyldighet skulle då enligt Kleineman drabba den aktieägare som gynnas av den vidtagna transaktionen trots att han rent faktiskt inte mottagit något.⁷⁶

I och med HD:s avgörande i NJA 1997 s 418 får frågan anses avgjord.⁷⁷ HD klargör i målet i vilka fall 12:1-2 ABL får anses analogt tillämpliga. Därefter konstaterar HD att det kan synas meningslöst att tillerkänna dessa båda lagrum en analog tillämplighet om inte samtidigt detsamma får gälla för sanktionsregeln i 12:5 ABL. HD skiljer mellan två typfall där en analog tillämpning kan vara tänkbar. Den första situationen är då en till aktieägare närstående person mottagit medlen. Förhållandena skulle då enligt HD kunna vara sådana att det i själva verket får anses vara aktieägaren som är mottagaren varför denne då också bör bli återbetalningsskyldig. Utgångspunkten skulle då vara att det inte finns någon anledning att behandla ett sådant fall på annat sätt än om aktieägaren först själv tagit emot utbetalningen och därefter överlämnat den till den närstående.⁷⁸ Enligt Andersson skall då hänsyn tas till om aktieägaren indirekt har berikats av utbetalningen t ex genom att mottagaren är dennes make/maka eller minderåriga barn.⁷⁹

Den andra typiska situationen skulle enligt HD vara om det inte finns skäl att betrakta aktieägaren som en form av mellanhand. Det får då istället prövas om den faktiske mottagaren kan vara analogt återbetalningsskyldig.⁸⁰

I det aktuella målet menade HD att 12:5 ABL blev analogt tillämplig dels eftersom bolagen ingick i samma oäkta koncern, dels eftersom det redan när lånet lämnades stod klart att SÖMO ca en vecka senare skulle bli dotterbolag till LC.

Påpekas skall att HD poängterade att det i båda dessa typfall kan bli aktuellt att pröva om den som inte kan bli analogt återbetalningsskyldig, istället skall med tillämpning av bristtäckningsregeln i 12:5 2 st ABL åläggas att täcka en eventuell brist i återbäringen.⁸¹ Mer om detta under avsnitt 4.8 nedan.

4.7.5 Godtrosregeln i 12:5 2 st ABL

I 12:5 1 st ABL andra meningen stadgas en mycket viktig förutsättning för att återbäringskyldighet till följd av olovlig vinstutdelning, skall kunna inträda. Regeln fastslår nämligen att för att återbäringskyldighet skall uppkomma, krävs att bolaget

⁷⁵ Andersson 1995, s 636 ff

⁷⁶ Kleineman, JT 1994-95, s 440 ff

⁷⁷ NJA 1997 s 418

⁷⁸ NJA 1997 s 418, s 448

⁷⁹ Andersson 2000, s 97

⁸⁰ NJA 1997 s 418, s 448

⁸¹ NJA 1997 s 418, s 448

kan visa att mottagaren insåg eller borde ha insett att utbetalningen stred mot ABL. Det är m a o fråga om ett godtrosskydd för mottagaren.

Som framgår av bestämmelsen i 12:5 1 st andra meningen ABL gäller godtrosskyddet endast vid vinstutdelning. Detta innebär alltså att regeln inte kan åberopas då fråga är om t ex otillåten nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden och inte heller vid otillåten utskiftning i samband med likvidation. Däremot är alltså regeln tillämplig vid all slags olovlig vinstutdelning oavsett om den är olovlig p g a att den strider mot borgenärsskyddsregler, aktieägarskyddsregler eller reglerna om funktionsfördelning mellan bolagsorganen.⁸² Vad gäller själva godtrosskyddet så skulle det enligt Rodhe kunna inträda om utdelningen är olovlig till följd av att beslutet om utdelning grundats på en oriktig balansräkning. Däremot torde mottagaren inte kunna åberopa att han felaktigt trott att det aktuella beloppet var utdelningsbart om balansräkningen faktiskt var rättvisande. Enligt Rodhe skulle godtrosskyddet framförallt kunna aktualiseras om utdelningen är olovlig endast därför att den strider mot försiktighetsregeln i 12:2 2 st ABL.⁸³

Av motiven till regeln framgår att god tro som regel inte föreligger om aktieägaren tagit aktiv del i bolagets skötsel och p g a det haft en sådan insyn i bolagets förhållande att han haft möjlighet att bedöma utdelningens laglighet.⁸⁴

Det verkar dessutom troligen finnas en undersökningsplikt för mottagaren eftersom lagtexten även talar om vad mottagaren *borde* ha insett.⁸⁵

Slutligen kan sägas att enligt Andersson bör en mottagare som i god tro såväl mottagit som konsumerat en tillgång, åtnjuta ett vidsträckt godtrosskydd i enlighet med allmänna principer om *condictio in debiti*.⁸⁶

4.7.5.1 Gäller godtrosskyddet i 12:5 1 st andra meningen ABL även vid förtäckt vinstutdelning?

Frågan om godtrosskyddet gäller även vid dold vinstutdelning har varit föremål för diskussion i såväl praxis som doktrin. Resultatet av behandlingen i praxis är att HD vid flera tillfällen tillämpat godtrosregeln analogt så att aktieägaren ansetts återbäringsskyldig om han insett eller borde insett att den företagna transaktionen innefattade dold vinstutdelning. Däremot har det för återbäringsskyldighet inte krävts att aktieägaren dessutom insåg eller borde insett, att utbetalningen dessutom var olovlig enligt t ex borgenärsskyddsregler eller aktieägarskyddsregler, vilket ju är kravet vid öppen, olovlig vinstutdelning. (se t ex NJA 1951 s 6 I och II, NJA 1980 s 311 samt NJA 1990 s 343)

Aktibolagskommittén menar att det t o m bör finnas ett *lagfäst* godtrosskydd även vid dolda vinstutdelningar. Skyddet skulle då utformas så att mottagaren undgår återbetalningsskyldighet om han varken insett eller borde insett att fråga var om en

⁸² Andersson 2000, s 104

⁸³ Rodhe 2000, s 107

⁸⁴ Prop 1975:103, s 485

⁸⁵ Andersson 1995, s 668

⁸⁶ Andersson 1995, s 670

transaktion som utgjorde en vinstutdelning. Det kommer då enligt kommittén inte att ha någon betydelse huruvida mottagaren också insåg att värdeöverföringen var olovlig p g a exempelvis borgenärsskyddsregler.⁸⁷ Vidare föreslår kommittén att godtrosskyddet skall gälla inte bara vid olovlig vinstutdelning utan vid alla typer av otillåtna utbetalningar. Godtrosskyddet skulle då alltså även gälla vid t ex olovliga utbetalningar i samband med återbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet.⁸⁸

4.7.5.2 Gäller godtrosskyddet även då mottagaren inte är aktieägare?

Som framgått ovan kan under vissa förutsättningar andra mottagare än aktieägare också drabbas av en återbäringsplikt. Frågan blir då givetvis om dessa mottagare även omfattas av godtrosskyddet i 12:5 1 st 2 meningen ABL. Lagtexten talar, som redan framgått, endast om *mottagaren* så där ges föga vägledning. Däremot har frågan varit uppe för behandling såväl i doktrin som i praxis och förarbeten.

Andersson är t ex av den uppfattningen att godtrosskyddet bör gälla oavsett om mottagaren är helt utomstående till bolaget.

Vad gäller praxis så prövades frågan i NJA 1997 s 418 eftersom HD där tog ställning till huruvida mottagaren, som inte var aktieägare, var i god tro om att utbetalningen i fråga utgjorde en olovlig vinstutdelning. HD avgjorde alltså inte frågan explicit men nämnda prövning tyder ändå, enligt vår mening, på att HD kan ha haft för avsikt att slå fast att godtrosskyddet skall gälla även då mottagaren inte är aktieägare. Annars skulle ju den av HD företagna prövningen helt sakna syfte, vilket framstår som högst osannolikt.⁸⁹

Aktiebolagskommittén däremot är mycket klara på denna punkt och slår uttryckligen fast att godtrosskyddet skall gälla även för utomstående mottagare. Motiven till denna ståndpunkt är enligt kommittén bl a skyddet för omsättningen.⁹⁰

4.8 Bristtäckningsansvaret i 12:5 2 st ABL

4.8.1 Inledning

I 12:5 2 st ABL återfinns den mycket viktiga regeln om bristtäckningsansvar. Bestämmelsen är sekundär i förhållande till återbäringsansvaret i 1 st och precis som vid återbärning, krävs inte att någon skada uppkommit för någon borgenär utan det är tillräckligt att en olovlig utbetalning faktiskt ägt rum.⁹¹ Regeln gäller inte bara vid vinstutdelning utan även vid olovliga utbetalningar i samband med nedsättning av aktiekapital eller reservfond samt vid olovlig utskiftning vid likvidation.⁹²

⁸⁷ SOU 1997:168, s 104

⁸⁸ SOU 1997:168, s 102 f

⁸⁹ NJA 1997 s 418, s 449

⁹⁰ SOU 1997:168, s 85

⁹¹ Lagrådet i Prop 1975:103, s 771

⁹² Kedner, Roos och Skog, Aktiebolagslagen del II (10-19 kap) med kommentar 1996, s 121

Själva ansvaret enligt paragrafen preciseras, vilket ju följer av hänvisningen i lagtexten, i 15:1-6 ABL. Enligt dessa regler kan då stiftare, styrelseledamöter, verkställande direktör, revisor, aktieägare samt likvidator under vissa i paragraferna angivna förutsättningar bli ersättningsskyldiga. Om flera är ersättningsskyldiga blir ansvaret solidariskt och det finns även en jämningsregel i 15:5 ABL för de fall full ersättningsskyldighet anses oskälig.

4.8.2 Under vilka förutsättningar kan bristtäckningsansvaret i 12:5 2 st ABL aktualiseras?

Som framgått ovan är bristtäckningsansvaret i 12:5 2 st ABL sekundärt till återbäringsskyldigheten. Detta innebär att det är en absolut förutsättning för att bristtäckningsansvar skall aktualiseras, att mottagaren själv är återbäringsskyldig. (Annars skulle det ju inte kunna uppkomma någon brist att fylla överhuvudtaget.) En annan ganska självklar förutsättning är att den återbäringsskyldige av någon anledning inte varit tvungen eller inte kunnat, betala hela de avkrävda beloppet själv vilket lett till att en brist uppstått. Orsaken till detta skulle t ex kunna vara att den återbäringsskyldige varit i god tro eller att han är insolvent.⁹³

För att bolaget skall kunna kräva någon annan än den primärt återbäringsskyldige, krävs att bolaget på ett godtagbart sätt förvärvat sig om att denne verkligen saknar betalningsförmåga eller inte kan påträffas. Det råder i doktrin dock något delade meningar hur höga krav som kan ställas på bolaget i en sådan situation. Lindskog vill t ex att kravet sätts ganska högt och menar att det vore lämpligt att analogisera med vad som gäller vid enkel borgen och att bolagets ställföreträdare således inte skall kunna krävas såvida inte bolaget verkligen visat att den primärt återbäringsskyldige inte har finansiella möjligheter att återbetala vad som krävs.⁹⁴

Andersson är av en något mindre sträng uppfattning och menar att det t o m skulle kunna räcka att bolaget krävt den återbetalningsskyldige på ersättning eller på godtagbart sätt avsänt meddelande om sådant krav, och betalning sedan ej skett inom 14 dagar.⁹⁵

4.8.3 I vilken utsträckning kan utomstående drabbas av bristtäckningsansvar?

En mycket viktig och även flitigt diskuterad fråga är om, och i så fall i vilken utsträckning, en utomstående kan bli bristtäckningsansvarig. Fram till 1997 rädde en relativt stor osäkerhet om vad som egentligen var gällande rätt. Vissa författare menade att bristtäckningsansvar kunde åläggas alla som medverkat till ett beslut om olovlig utbetalning oavsett vilket förhållande till bolaget personen i fråga haft.⁹⁶ Dessa författare använde ofta äldre praxis som stöd för sin ståndpunkt och de fall som vanligen hänvisades till är NJA 1966 s 475 samt NJA 1976 s 618. Andra författare menade att bristtäckningsansvaret endast kunde göras gällande mot den som utan att

⁹³ Kedner, Roos och Skog 1996, s 121 f

⁹⁴ Lindskog, Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s k bristtäckningsansvar SvJT 1992, s 88 och 91

⁹⁵ Andersson 1995, s 712

⁹⁶ Se t ex Grosskopf, Vinstbolag – Aktiebolags och skatterättsliga frågor 1989, s 49

formellt vara delaktig i bolagets förvaltning, ändå utövat ett faktiskt inflytande över bolaget.⁹⁷

I och med HD:s avgörande i NJA 1997 s 418 får dock rättsläget anses klarlagt. Omständigheterna i målet finns redovisade ovan under avsnitt 4.3 och HD prövade alltså utöver frågorna om när reglerna i 12:1-5 ABL skall vara analogt tillämpliga samt när utomstående kan bli återbäringsskyldiga, också frågan när en utomstående (i detta fall en bank) kan åläggas ett bristtäckningsansvar.

Efter ett inledande, mer generellt resonemang om möjligheten till analog tillämpning av 12:5 2 st ABL⁹⁸ övergick HD till frågan vilka utomstående personer som mer specifikt skulle kunna drabbas av ett bristtäckningsansvar. HD kom fram till följande slutsatser:⁹⁹

”Till en början synes klart att den som framstår som den i själva verket bestämmande i bolaget utan att formellt ingå i ett sådant bolagsorgan som avses i 15 kap 1-3 §§ bör jämföras med en person med organställning. På fall där någon för att skada ett intresse som skall skyddas av reglerna i 12 kap ABL medverkat till en olovlig utdelning i samförstånd t ex med den som själv blir återbäringsskyldig bör vidare en analogisk tillämpning av 12 kap 5 § 2 st kunna komma ifråga. Något krav på att den medverkande också erhållit något själv av det som olovligen utbetalats av bolaget bör dock då inte uppställas.

För att någorlunda effektivt hindra kringgåenden av kapitalskyddsreglerna finns det skäl att tillämpa grunderna för bristtäckningsbestämmelsen även på den vars medverkan väsentligen består i att han är mottagare, från någon som är återbäringsskyldig, av något som härrör från en olovlig utbetalning. En förutsättning härför bör dock vara att mottagaren hade vetskap om sistnämnda förhållande.”

Även Aktiebolagskommittén har diskuterat frågan om utomståendes bristtäckningsansvar. Enligt kommittén bör de situationer som HD i rättsfallet räknat upp, lagfästas så att det klart framgår att även utomstående kan drabbas av bristtäckningsansvar¹⁰⁰

4.9 Allmänt om tysk aktiebolagsrätt

Den tyska bolagsrätten har, precis som den svenska, två aktiebolagsformer utan personligt ägaransvar. Aktiengesellschaft (AG) är den ena bolagsformen och den är huvudsakligen tänkt att användas på stora företag i industrin samt för banker och försäkringsbolag. Den andra bolagsformen, Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) är bättre lämpad på små och medelstora företag med begränsad ägarkrets.¹⁰¹

⁹⁷ Se t ex Lindskog, SvJT 1992, s 87 f samt Kleineman, JT 1994-95, s 444 f

⁹⁸ NJA 1997 s 418, s 451 f

⁹⁹ NJA 1997 s 418, s 452

¹⁰⁰ SOU 1997:168, s 86

¹⁰¹ SOU 1997:22, s 166.167, se även Maitland-Walker, Guide to European company laws 1997, s 219 samt s 230

Den tyska bolagsrättslagstiftningen är mycket omfattande och de ovan nämnda bolagsformerna regleras i olika lagar, Aktiengesetz (AktG) samt GmbHG (GmbHG). AktG är en mycket mer utförlig och detaljerad lag jämfört med GmbHG, och stora delar av lagstiftningen är tvingande. GmbHG är å sin sida en mindre formaliserad lag som därför ger stora möjligheter till flexibilitet.

Vi har valt att redogöra för båda bolagsformerna eftersom reglerna de emellan ofta skiljer sig åt. Tyngdpunkten har dock legat på AG eftersom det är den bolagsform som mest liknar vårt svenska aktiebolag. Nedan följer en kort beskrivning av de två bolagsformerna innan de tyska kapitalskyddsreglerna presenteras.

4.9.1 Allmänt om AG

Ett AG är en juridisk person och dess ägare har inget personligt betalningsansvar för bolagets förpliktelser. Jämförs bolagsformen AG med svensk rätt motsvaras den närmast av ett publikt aktiebolag eftersom båda är marknadsnoterade.

AG:s organisation är ett s k two-tier system. Organisationsformen är närmast unik för Tyskland eftersom de flesta länder är organiserade som ett one-tier system. Det tyska AG består av tre bolagsorgan, vilket kan jämföras med t ex den svenska bolagsorganisationsformen som endast har två (stämma och styrelse). Den verkställande ledningen (Vorstand) består av en eller två personer och utses av bolagets stiftare för fem år i taget.¹⁰² Vorstands huvudsakliga uppgifter är att leda bolaget samt ansvara för förvaltningen. Det är endast under begränsade former som Aufsichtsrat (se nedan) har möjlighet att entlediga Vorstand innan mandatiden är slut. Som exempel kan nämnas grova tjänstefel eller Hauptversammlung (bolagsstämman) avsaknad av förtroende för Vorstand.¹⁰³ Den tyska modellen har visat sig vara ett utmärkt vapen mot s k hostile take-overs.

Det bolagsorgan som saknar motsvarighet i svensk bolagsrätt är Aufsichtsrat. Aufsichtsrat består av minst tre personer och ledamöterna utses av Hauptversammlung samt av företagets anställda¹⁰⁴. Beroende på hur stor bolaget är varierar fördelningen mellan de av stämman respektive av arbetstagarna tillsatta ledamöterna.¹⁰⁵ Aufsichtsrat kan liknas vid ett tillsynsorgan vars främsta uppgift är att kontrollera Vorstands förvaltning av bolaget. En annan viktig funktion som Aufsichtsrat har är att tillsätta och avsätter ledamöter i Vorstand.

Det sista bolagsorganet är således Hauptversammlung och som motsvaras av det svenska aktiebolagets bolagsstämma. Kort kan sägas att Hauptversammlungs beslutanderätt, till skillnad från vad som är fallet i svensk rätt, är inskränkt till sådana ärenden som uttryckligen följer av bolagsordningen eller AktG¹⁰⁶. Hauptversammlungs något begränsade kompetens påverkar givetvis styrelsens möjligheter att kunna agera självständigt.

¹⁰² P 84 AktG samt Maitland-Walker 1997, s 224

¹⁰³ Maitland-Walker 1997, s 224

¹⁰⁴ Oltmanns, European company structure 1998, s 107-108

¹⁰⁵ Om företaget har mer än 2000 anställda är fördelningen lika mellan arbetstagarrepresentanter och aktieägare. För mindre företag skall 1/3 av ledamöterna vara arbetstagarrepresentanter.

¹⁰⁶ Se § 119 AktG

4.9.2 Allmänt om GmbH

GmbH är precis som AG en juridisk person vars ägare inte har något personligt betalningsansvar. Ett GmbH:s organisation består av två organ, dels en Geschäftsführer (kan dock utgöras av flera personer) som utses av aktieägarna och dels det bolagsorgan som består av aktieägarna själva (Gesellschafterversammlung). Det finns därutöver möjlighet till ännu ett bolagsorgan i form av ett Aufsichtsrat, som i så fall har en kontrollerande funktion. Om företaget har mer än 500 anställda är det dock obligatoriskt att ha ett Aufsichtsrat. Anledningen till detta är den tyska lagstiftningens krav på arbetstagarrepresentation i företag över en viss storlek.¹⁰⁷

Geschäftsführens ansvarar för förvaltning och representation av företaget. Det är i första hand Gesellschafterversammlung som entledigar Geschäftsführern.¹⁰⁸ Det är också den som har den yttersta kontrollen över ett GmbH, bl a genom att ge bindande instruktioner till Geschäftsführern.

4.9.3 Vinstutdelningsreglerna i AktG

Den tyska aktiebolagen kännetecknas av mycket stränga borgenärsskyddsregler. Syftet med reglerna är att säkra att de tillgångar som tillförts AG, inte betalas tillbaka till aktieägarna. Ett annat syfte med den komplexa lagstiftningen är att bolagets borgenärer inte skall behöva vara beroende av aktieägarnas godtycke när det gäller användningen av bolagets förmögenhet. Aktiekapitalets regler är dock inte bara till för att skydda borgenärerna utan reglerna ger även skydd för aktieägarna¹⁰⁹. Reglerna förhindrar nämligen att bolagets kapital endast kommer en liten del av aktieägarna tillgodo, vilket skulle strida mot likhetsprincipen¹¹⁰. Därutöver kan nämnas att också själva kompetensfördelningen mellan Vorstand och Hauptversammlung skyddas då det är Hauptversammlung som beslutar om utdelning skall ske eller inte.

Ett AG:s aktiekapital måste som lägst uppgå till 50 000 Euro och för att aktiekapitalet skall få någon praktisk betydelse krävs att lagstiftningen garanterar att inte AG:s förmögenhet återbetalas till aktieägarna på ett eller annat sätt. Huvudregeln är att varje utdelning av företagens förmögenhet till en aktieägare är förbjuden. Det innebär i praktiken att inget får delas ut utöver vad som enligt lag och den balanserade vinsten är bestämt. I § 57 st.1 men. 1 AktG står det följande: "Den Aktionären dürfen die Einlagen nicht zurückgewährt werden". Einlagen, som betyder "insatt belopp", anses av doktrin vara en något förfelad definition, eftersom paragrafen egentligen syftar till varje prestation som härrör från ett AG:s förmögenhet och inte bara "Einlagen".¹¹¹ (Jfr även med problematiken kring det svenska utbetalningsbegreppet under avsnitt 4.2.)

Förbudet gäller från det att AG bildas. Skulle en aktieägare enbart betala 40 DM för en aktie värd 100 DM faller det under § 57 1:a stycke. Genom att se utbetalningsbeloppet som ett lån går det dock att i vissa enstaka fall undvika att en sådan transaktion anses vara en utbetalning. Om AG alltså, förbudet till trots, vidtar

¹⁰⁷ Oltmanns 1998, s 99-100

¹⁰⁸ Rätten att entlediga Geschäftsführern kan överlåtas till Aufsichtsrat om sådant bolagsorgan finns.

¹⁰⁹ § 57 AktG

¹¹⁰ Kölner Kommentar zum Aktiengesetz 1988, § 57 anm. 2

¹¹¹ Kölner Kommentar 1988, § 57 anm. 5

en sådan handling är den antingen att anse som ett lån, vilket innebär att aktieägaren fortfarande är skyldig Einlage, eller som en förbjuden utdelning, där § 62 blir tillämplig så snart AG är bildat.¹¹²

Vid bedömningen av huruvida en utdelning har skett eller inte är det ointressant i vilken form utdelningen har skett. En utdelning kan exempelvis ske i form av en bil, pengar eller ett räntefritt lån till en aktieägare.

Precis som i Sverige skiljer man i tysk doktrin på öppna och förtäckta vinstutdelningar. Som exempel på öppna otillåtna vinstutdelningar kan nämnas: utdelningar beslutade på felaktigt sätt och utbetalning utan en fastställd vinst på balansräkningen.

4.9.3.1 Förtäckta vinstutdelningar

Vad sedan gäller förtäckta vinstutdelningar är huvudregeln att ett aktiebolag har rätt att ingå rättshandlingar med aktieägare i samma utsträckning som det har med tredje man. Undantaget gäller i de fall rättshandlingen anses vara en förtäckt vinstutdelning. Som exempel på typiska förtäckta vinstutdelningar kan nämnas orättfärdig lön eller lönevillkor, räntefria lån, lån utan tillräcklig säkerhet samt optionsrätt för aktieägare.¹¹³

I likhet med den svenska bolagsrätten är det inte helt självklart hur man skall identifiera en förtäckt vinstutdelning. En förutsättning för att det ska föreligga en förbjuden vinstutdelning är att det objektivt sett råder diskrepans mellan prestation och motprestation. Om AG köper en vara eller en tjänst av en aktieägare till fastställt marknadspris anses inte rättshandlingen utgöra en förtäckt vinstutdelning. Ett AG har inte heller i ett sådant läge någon skyldighet att göra en företagsmässig bedömning över huruvida priset är marknadsmässigt eller ej, utan marknadspriset som sådant utgör den övre gräns för vad ett AG riskfritt kan betala.¹¹⁴ Likaså kan ett AG utan problem avyttra egendom till marknadspris. Det är dock inte alltid självklart att det finns en köpare som är beredd att betala det priset, vilket innebär att ett godtagbart pris kan variera beroende på vem som är köpare.¹¹⁵ Finns det däremot inget marknadspris, ges det ett stort utrymme för förhandling, och enbart rent oförsvarbara priser anses vara utanför det ekonomiska spelrummet.¹¹⁶ Sammanfattningsvis kan sägas att det objektivt sett inte går att fastställa hur diskrepansen mellan prestation och motprestation måste ut. Istället får man i bedömningen titta på såväl rättshandlingens art som struktur samt ta hänsyn till den allmänna prismekanismen.¹¹⁷

Det råder ingen tvekan om ett objektivt missförhållande mellan prestation och motprestation måste föreligga för att det skall röra sig om en förtäckt vinstutdelning. Däremot är en mycket omdiskuterad fråga om det även måste finnas ett subjektivt moment i bedömningen, d v s om AG måste ha känt till missförhållandet när det

¹¹² Kölner Kommentar 1988, § 57 anm. 7

¹¹³ Kölner Kommentar 1988, § 57 anm. 28

¹¹⁴ Kölner Kommentar 1988, § 57 anm. 16

¹¹⁵ Kölner Kommentar 1988, § 57 anm. 7-18

¹¹⁶ Kölner Kommentar 1988, § 57 anm. 18-19

¹¹⁷ Kölner Kommentar 1988, § 57 anm. 20

utförde rättshandlingen. Det olika ståndpunkterna i frågan går att dela upp i tre grupper vilka presenteras nedan.

1. Den första gruppen menar att det objektiva missförhållandet räcker.
2. Den andra gruppen anser att det subjektiva rekvisitet behövs. En otillåten förtäckt vinstutdelning föreligger därför enbart när AG visste att motparten var en aktieägare.
3. Den tredje gruppens anhängare menar att det måste ha funnits en medvetenhet hos både ställföreträdaren för bolaget och aktieägaren om att den vederlagsfria dispositionen företogs under täckmantel av en onerös rättshandling. (Einbau von Vermutungen).

Enligt Andersson är rättsläget inte helt lätt att fastställa men att den allmänna uppfattningen trots allt tycks vara att en strikt objektiv bedömning skall göras.¹¹⁸ För att en förtäckt utbetalning skall anses föreligga räcker det således med att värdet av bolagets prestation överstiger värdet av aktieägarnas motprestation.

4.9.3.2 Rättshandlingar med tredje man

För att undgå att § 57 AktG skall bli tillämplig på rättshandlingen skulle en aktieägare, utan större problem, kunna avtala med en tredje man om att denne skall bli mottagare av utdelningen från aktiebolaget. Huvudregeln är också att sådana prestationer som riktar sig till en tredje man och inte till en aktieägare inte skall träffas av förbudet i § 57 AktG. För att lagrummet inte helt skall urholkas, träffas dock varje rättshandling mellan aktiebolaget och tredje man av förbudet, om rättshandlingen kommer aktieägaren tillgodo.¹¹⁹ Därutöver föreligger det ett förbud för tredje man att, för AG:s räkning, träffa avtal med en aktieägare om prestation, om motsvarande handling med ett AG som motkontrahent hade ansetts som en olovlig utbetalning.¹²⁰

Vidare gäller förbudet i § 57 AktG på tidigare aktieägare när det står i sakligt och tidsmässigt sammanhang med mottagarens tidigare aktieägarskap. Precis som i svensk aktiebolagsrätt träffas vissa prestationer av förbudet trots att den faktiska mottagaren är utomstående, om aktieägaren i realiteten gynnas av rättshandlingen. Det kan t ex röra sig om en prestation till ett minderårigt barn eller maka/make till aktieägaren. Man kan också tänka sig en prestation till en bulvan eller annan slags företrädare för aktieägaren eller att prestationen via ett till aktieägaren närstående företag kanaliseras vidare till aktieägaren.¹²¹ (Jfr med NJA 1997 s 418, andra mottagare än aktieägare.)

4.9.3.3 Rättsföljder vid olovlig vinstutdelning enligt AktG

Eftersom det finns många olika situationer där §§ 57-58 AktG blir tillämpliga är det inte helt oproblematiskt att utarbeta ett effektivt och rättssäkert sanktionssystem. Ett problem är att lagstiftaren endast tog hänsyn till förhållandet mellan aktieägare och

¹¹⁸ Andersson 1995, s 281

¹¹⁹ Kölner Kommentar 1988, § 57 anm. 36-37

¹²⁰ Kölner Kommentar 1988, § 57 anm. 37

¹²¹ Kölner Kommentar 1988, § 57 anm. 40-46

aktiebolag och inte alls uppmärksammade sådana rättsförhållanden där en tredje man är inblandad.

Syftet § 93 3 st. Nr. 1 och 2 AktG är att förhindra att Vorstand beslutar om en olovlig utbetalning. Vidare följer av lagrummet att ledamöterna har ett ansvar om olika typer av olovliga utbetalningar görs till aktieägarna.

En utbetalning till en aktieägare i strid med § 57 AktG medför som huvudregel ogiltighet och återbäringsskyldighet enligt 134 § BGD.¹²² Exempelvis blir ett av Hauptversammlung fattat beslut om att en aktieägare skall få ett stort belopp i födelsedagspresent, ogiltigt eftersom ett sådant beslut strider mot syftet med aktiebolagsformen.¹²³ Likaså blir alla avtal som ingås mellan aktiebolaget och aktieägaren ogiltiga om de strider mot § 57-58 AktG, vilket också omedelbara löften om att Einlageleistung skall betalas tillbaka, blir.

Rättsföljden av en olovlig utbetalning regleras i § 62 AktG som stadgar att aktieägaren är skyldig att återbetala den mottagna utdelningen. Om utdelningen skett i form av vinstutdelning är mottagaren bara återbetalningsskyldig om bolaget visar att han insåg eller bort inse att utbetalningen var olaglig. Aktieägaren har bevisbördan för att utbetalningen tagits emot i form av vinstutdelning. Godtrosskyddet gäller dock inte vid förtäckta utbetalningar i strid med lagens bestämmelser och inte heller vid olagliga utbetalningar i samband med förvärv av egna aktier, nedsättning av aktiekapitalet eller likvidation. Återbetalningsskyldighet föreligger även om mottagaren varit närstående till aktieägaren eftersom aktieägaren i sådana fall räknas som den verkliga utdelningsmottagaren.¹²⁴

Även borgenärerna har enligt § 62 2 st. AktG möjlighet att föra talan om återbetalning till bolaget (Prozessstandsrecht). Lagrummet ger således ingen rätt för borgenärerna att för egen räkning föra talan. En förutsättning för att en borgenär skall kunna föra en sådan talan är dock att han inte fått betalt för sin fordran mot bolaget och bevisbördan för att fordran inte har blivit infriad ligger på borgenären. I händelse av konkurs övergår istället talerätten på konkursförvaltaren och därefter saknar bolagets borgenärer egen talerätt. Här skiljer sig alltså den tyska rätten från den svenska eftersom borgenärer i Sverige ju inte har någon sådan talerätt.

4.9.4 Vinstutdelningsreglerna i GmbHG

Som tidigare nämnts i inledningen är kapitalskyddsreglerna i GmbHG inte lika omfattande som dess motsvarighet i AktG. GmbHG uppställer visserligen krav på att minsta aktiekapital uppgår till 50 000 DM och varje andelsägare måste som minst betala in 500 DM,¹²⁵ men däremot finns inte några regler som förbjuder varje utbetalning till aktieägarna, som inte är föreskriven enligt lag.¹²⁶ Detta innebär dock inte att det helt saknas kapitalskyddsregler för GmbH utan lagen föreskriver ett tvingande förbud för andelsägarna att betala ut medel svarande mot bolagets

¹²² SOU 1997:168 samt Andersson 1995, s 278

¹²³ Kölner Kommentar 1988, § 57 anm. 60

¹²⁴ Kölner Kommentar 1988, § 57 anm. 58-73

¹²⁵ Se § 5 GmbHG

¹²⁶ SOU 1997:168, s 53

andelskapital (Stammkapital). Förbudet (Auszahlungsverbot) kommer i uttryck i §30 och gäller såväl öppna som förtäckta utdelningar¹²⁷.

§ 30 GmbH är den mest centrala borgenärskyddsregeln och är därför tvingande, även på rättshandlingar vars syfte är att gå runt lagstiftningen.¹²⁸ I paragrafen uppställs ett undantagslöst förbud mot utbetalningar som inkräktar på andelskapitalet. Ett GmbH är således förhindrat att överföra tillgångar till dess andelsägare så att värdet av bolagets samlade tillgångar kommer att understiga skulder och andelskapital. Regeln träffar bara utbetalningar till andelsägare och det spelar ingen roll i vilken form utbetalningen sker. Det kan röra sig om såväl pengar som en bil.¹²⁹ Skulle det däremot röra sig om en regelrätt transaktion mellan bolag och andelsägare där prestation och motprestation är likvärdiga blir inte § 30 tillämplig.

4.9.4.1 Rättshandlingar med tredje man

Om bolaget utför en transaktion mot en tredje man är huvudregeln att sådana rättshandlingar inte träffas av förbudet i § 30 GmbHG.¹³⁰ Handlar tredje man för andelsägarens räkning eller om det rör sig om ett bulvanskap blir § 30 däremot tillämplig. Likaså om utdelningen görs till ett minderårigt barn eller maka/make till andelsägaren. Även transaktioner till bolag som är nära sammanbundna med andelsägaren kan ingå i kretsen. Slutligen kan nämnas att en nyttjanderättshavare till en bolagsandel i detta fall likställs med andelsägaren.¹³¹

4.9.4.2 Rättsföljder vid olovlig vinstutdelning enligt GmbHG

En otillåten utdelning enligt § 30 GmbH leder inte till ogiltighet, vilket motsvarande handling gör enligt AktG. Bolaget kan dock vägra att prestera, vilket gör att beslutet blir icke genomförbart. Nyare litteratur och doktrin på området förespråkar dock att en ogiltighet/generell nullitet skall inträda och att lagstiftningen trots de två bolagsformernas skilda kapitalbildningssystem bör likna varandra mer.¹³² Återbetalningsreglerna återfinns i lagens § 31. Huvudregeln är att om en olovlig utbetalning utförts så leder till återbetalningsplikt för mottagaren enligt paragrafens första stycke. I andra stycket återfinns ett godtrosrekvisit, vilket innebär att en mottagare i god tro endast behöver återbära så mycket som är nödvändigt för att tillgodose borgenärernas krav. Det är andelsägaren som har bevisbördan för god tro medan bolaget måste visa att återbäringsskyldighet föreligger och att återbäring är nödvändigt för att tillgodose bolagets borgenärer. Okunnighet om kapitalskyddsreglerna skyddar inte mot ond tro.¹³³ Återbetalningskravet kan röra sig om såväl pengar som saker.

¹²⁷ Baumbach-Hueck, GmbH-Gesetz 1988, § 30 anm. 26

¹²⁸ Baumbach-Hueck 1988, § 30 anm. 1

¹²⁹ Baumbach-Hueck 1988, § 30 anm. 12 Se även Scholz, GmbH-Gesetz 1 Band 1986, § 30 anm. 1

¹³⁰ Baumbach-Hueck 1988, § 30 anm. 14

¹³¹ Baumbach-Hueck 1988, § 30 anm. 17

¹³² Baumbach-Hueck 1988, § 30 anm. 21

¹³³ Baumbach-Hueck 1988, § 31 anm. 14

I paragrafens tredje avsnitt regleras det subsidiära ansvaret som de övriga andelsägarna har om inte betalningsmottagaren kan återbetala. Andelsägarna svarar proportionellt i förhållande till sin andel och bolaget kan maximalt kräva andelsägarna på ett belopp motsvarande det totala andelskapitalet. Skulle det visa sig att en andelsägare inte kan fullgöra sin subsidiära ersättningsskyldighet ansvarar övriga delägare proportionellt för hans andel.¹³⁴ Nämnas skall dock att också en tredje man undantagsvis kan bli återbetalningsskyldig.

Det subsidiära återbetalningsansvaret kan ses som ett förstärkt skydd av bolagets kapital och som ett alternativ till andra kapitalskyddsregler som saknas i GmbHG och som finns i AktG.¹³⁵ Den svenska motsvarigheten återfinns i 12:5 2 st ABL (bristtäckningsansvar).

Avslutningsvis kan nämnas att det i tysk rättspraxis har utvecklats en allmän princip som innebär att återbäringsskyldigheten bortfaller så snart den av utbetalningen uppkomna bristen i andelskapitalet täcks av ex en uppkommen vinst.¹³⁶

4.10 Allmänt om norsk aktiebolagsrätt

Den första norska aktiebolagslagen stiftades 1910. 1957 ersattes den av en helt ny lag som i sin tur ersattes av 1976 års ”aksjelov”. Den sistnämnda var ett resultat av ett omfattande nordiskt samarbete på bolagsrättens område och den företedde stora likheter med t ex den svenska ABL.¹³⁷

Under slutet av 1980-talet inleddes ett mycket omfattande utrednings- och lagstiftningsarbete i Norge. Arbetet pågick i över 15 år och resulterade i en rad ändringar och tillägg till 1976-års lag. Dessa ändringar ansågs dock inte tillräckliga och 1997 ersattes 1976-års lag av två helt nya aktiebolagslagar: ”Lov om aksjeselskaper” (AS) och ”Lov om allmennaksjeselskaper” (ASA)¹³⁸ Mer om dessa lagar nedan.

4.10.1 AS och ASA

De två nya norska lagarna innehåller en rad förändringar i f h t 1976-års lag. Som ex kan nämnas att de innebär en anpassning till EES-avtalets och EG-rättens krav eftersom en uppdelning nu görs i privata och offentliga aktiebolag. Förenklat kan sägas att AS reglerar privata bolag med liten aktiespridning medan ASA reglerar de offentliga som har en stor aktiespridning. Uppdelningen liknar den vi har i Sverige mellan publika och privata bolag och även i Norge är de flesta reglerna gemensamma för såväl privata som offentliga bolag. Några av de mer väsentliga skillnaderna mellan

¹³⁴ Baumbach-Hueck 1988, § 31 anm. 15-17

¹³⁵ Som ex kan nämnas att ett GmbH inte måste ha en fastställd vinst från balansräkningen för att kunna göra en laglig utdelning.

¹³⁶ Andersson 1995, s 512

¹³⁷ Marthinussen, Aksjeloven med kommentarer 1996, s 15

¹³⁸ Bråthen, De nye lovene om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, Lov og Rett nr 9 1997, s 515 f

bolagsformerna består i kraven på minsta aktiekapital samt att det bara är de offentliga bolagen som får vända sig till allmänheten för kapitalanskaffning.¹³⁹

4.10.2 Kapitalskyddsreglerna i AS och ASA

I Norge finns liksom i Sverige en rad olika regler vars syfte är att skydda borgenärerna. Som exempel kan nämnas att det finns paragrafer som reglerar möjligheten till nedsättning av aktiekapitalet, bolagets förvärv av egna aktier samt förstås regler om vinstutdelning. I detta första avsnitt kommer dock endast vinstutdelningsreglerna behandlas. (För redogörelse för de båda andra kapitalanvändningsformerna se nedan efter respektive svenskt avsnitt.) Dessutom finns alltså (se föregående avsnitt) krav på minsta aktiekapital. I privata bolag är kravet 150 000 Nkr och i offentliga 1 000 000 Nkr. Dessa kapitalkrav har dock främst betydelse som stiftelsevillkor eftersom vikten av det registrerade aktiekapitalet tonats ned i och med att tyngdpunkten istället lagts på frågan om bolagets reella egna kapital. Anledningen till att kravet på minsta aktiekapital ändå behållits är att dylika krav, enligt de norska förarbetena, anses motverka oseriösa bolagsbildningar.¹⁴⁰

4.10.3 Vinstutdelningsreglerna i AS och ASA

De norska reglerna för vinstutdelning är identiska för AS och ASA och återfinns i ett flertal olika paragrafer i respektive lag. (Paragrafnumreringen är också den samma i båda lagarna) Som första bestämmelse skall nämnas den norska motsvarigheten till vår beloppsspärr. Regeln återfinns i § 8-1 AS/ASA och stadgar att som vinst kan utdelas bolagets fria egna kapital under förutsättning att det egna kapitalet efter fastställd balansräkning inte understiger 10 % av balansomslutningen. Vad som här avses är det *bokförda* egna kapitalet.¹⁴¹

Utöver 10% kravet i § 8-1 AS/ASA finns en annan mycket viktig regel. Det är den nya *s k försvarlighetsregeln* i § 3-4 AS/ASA. Bestämmelsen är en slags generalklausul som kompletterar samtliga övriga borgenärsskyddsregler. I paragrafen finns krav på att ”...*selskapet til enhver tid skal ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikon ved og omfanget av virksomheten i selskapet*”.¹⁴² Det är m a o ett krav på att bolaget vid varje tidpunkt skall ha ett försvarligt eget kapital. Regeln är en direkt konsekvens av den ovan under avsnitt X nämnda ökade fokuseringen på bolagets *reella* egna kapital. Till skillnad från den andra vinstutdelningsbestämmelsen i § 8-1 AS/ASA är det alltså inte de nominella beloppen i balansräkningen som är intressanta utan bolagets reella kapital inklusive t ex dolda reserver som skall ligga till grund för bedömningen huruvida bolagets kapital är försvarligt eller ej.¹⁴³ Regeln motsvarar vår svenska försiktighetsregel i 12:2 2st ABL.

¹³⁹ Bråthen, Lov og Rett 1997, s 518-522 samt SOU 1997:22, s 196 f

¹⁴⁰ Bråthen, Lov og Rett 1997, s 531 ff

¹⁴¹ Bråthen, Lov og Rett 1997, s 531 ff

¹⁴² Andersson, Kapitalkrav och kapitalskydd i internationellt perspektiv- onödigt borgenärsskydd? Selskabers kapital 1999, s 35 f

¹⁴³ Andersson, Selskabers kapital 1999, s 35

Regeln i § 3-4 AS/ASA har fått utstå en hel del kritik eftersom många anser att den är alltför onyanserad och oprecis och att den därför kan verka omsättningshinder.¹⁴⁴ I de norska förarbetena dras dock åtminstone några riktlinjer upp för hur bedömningen skall gå till. Där framhålls att bedömningen måste göras med hänsyn till styrelsens kunskaper samt att värderingen måste göras med utgångspunkt i att bolaget skall fortsätta sin verksamhet. (Going concern). Ytterligare relevanta tolkningsmoment som nämns är huruvida bolagets verksamhet innebär ett stort risktagande eller inte, samt om det är fråga om vanlig ordinär drift eller om en expansion av verksamheten. Vid vilken tidpunkt bolagets skulder förfaller samt vilka lånevillkor bolaget har skall också beaktas. I motiven poängteras också att den nya regeln inte är tänkt att ändra principerna om t ex ansvarsgenombrott.¹⁴⁵

Till försvarlighetsregeln i § 3-4 AS/ASA hör § 3-5 AS/ASA vilken stadgar en allmän handlingsplikt för bolagsstyrelsen så fort bolagets egna kapital ej längre kan anses försvarligt samt om bolagets egna kapital understiger hälften av aktiekapitalet. Handlingsplikten består för det första i att styrelsen omedelbart måste ta upp saken till behandling. Det medför att styrelsen tvingas sätta fokus på bolagets finansiella problem. Dessutom skall styrelsen kalla till extra bolagsstämma och till stämman föreslå åtgärder för att förbättra situationen. Om någon förbättring inte är möjlig skall styrelsen föreslå att bolaget upplöses. Bestämmelsen innebär givetvis att ett stort ansvar läggs på styrelsen att hela tiden vara uppmärksam på bolagets ekonomiska situation. Detta har dock av lagstiftaren inte ansetts vara någon orimligt tung börda eftersom redan sedan tidigare haft en generell aktsamhetsplikt/lojalitetsplikt.¹⁴⁶ Handlingsplikten har sin svenska motsvarighet i regeln om tvångslikvidation i 13:2 ABL.

Själva utdelningsregeln i de norska lagarna återfinns i § 3-6 AS/ASA och är mycket snarlik den svenska 12:2 1 st ABL. Skillnaden mot den svenska utformningen är att det av den norska bestämmelsen klart framgår att som utdelning skall räknas alla slags värdeöverföringar som direkt eller indirekt kommer aktieägare till godo. Värdet skall beräknas efter vanliga räkenskapsmässiga principer och som framgått träffas alltså även förtäckta utdelningar i form av sakvärdesöverföringar.¹⁴⁷

4.10.4 Rättsföljder vid olovlig vinstutdelning enligt AS och ASA

I § 3-7 AS/ASA stadgas en återbäringsplikt för den som mottagit en olovlig utdelning från bolaget. Kravet på återbetalning kan drivas av bolaget, bolagets konkursbo samt borgenär om denne fått det i uppdrag av t ex bolaget.¹⁴⁸ Paragrafen stadgar också ett godtrosskydd som är identiskt med det svenska.

I nyssnämnda paragrafs andra stycke regleras ett bristtäckningsansvar för de som på bolagets vägnar medverkat till beslut om eller verkställande av en olovlig vinstutdelning. Till skillnad från den svenska regleringen stadgar dock den norska

¹⁴⁴ Innst.O.nr.80 (1996-1997) avsnitt 5.9 och 5.10

¹⁴⁵ Bråthen, Lov og Rett 1997, s 534 ff

¹⁴⁶ Bråthen, Lov og Rett 1997, s 536 f

¹⁴⁷ NOU 1996:3, s 102

¹⁴⁸ Norska KARNOV 1999 del 3, s 2737 not 270

regeln ett uttryckligt godtrosskydd för de som riskerar att drabbas av bristtäckningsansvar.

4.11 Analys av kapitalanvändningsformen vinstutdelning

Som nämnts i inledningen till detta arbete fyller kapitalskyddsreglerna i ABL en mycket viktig funktion, inte minst med tanke på avsaknaden av personligt ägaransvar i aktiebolag. Bland kapitalanvändningsreglerna intar bestämmelserna om vinstutdelning i 12 kap ABL, något av en särställning. Själva grundtanken med ett aktiebolag är ju att bolaget skall generera vinst som sedan skall delas ut till aktieägarna. Av detta följer, att det givetvis finns en viss risk att bolagsledningen lockas till att dela ut mer av bolagets tillgångar än vad som vore lämpligt ur borgenärsskyddsperspektiv. Detta medför, att det framstår som ytterst viktigt att bolagets borgenärer ges en chans att förutse hur bolaget kan komma att disponera över sitt kapital. Enligt vår mening, uppnås detta bäst genom att lagstiftningen är såväl tydlig som konkret. Även aktieägarna är givetvis beroende av ett visst skydd mot att bolaget avhänder sig egendom. Åtminstone gäller detta de som har en långsiktig sparhorisont. Samtidigt är det förstås av stor vikt att rättssystemet är dynamiskt såtillvida att lagstiftningen är möjlig att tillämpa även på de nya situationer som hela tiden uppkommer i ett föränderligt samhälle.

Som vi sett hittills under arbetets gång, har ett aktiebolags vinstutdelningsmöjligheter varit föremål för en omfattande diskussion inte bara i Sverige, utan även i de två andra länder vi valt att titta på (Tyskland och Norge).

Vad först gäller utbetalningsbegreppet har det visat sig att det i dagsläget i lagtexten använda begreppet, är något missvisande. I samtliga tre länder gäller nämligen att även andra transaktioner än rena utbetalningar, omfattas av begreppet. Det är då fråga om så kallade sakvärdesutbetalningar som utgör dold vinstutdelning. Likaså omfattas andra mottagare än aktieägare av reglerna.¹⁴⁹

Vi anser att detta är en fullt rimlig lagtolkning eftersom det ur borgenärssynpunkt är likgiltigt på vilket sätt bolaget minskat sin förmögenhet och vem som fått del av tillgångarna i fråga. Det framstår dessutom som absolut nödvändigt att ha en dylik reglering eftersom det annars vore alltför lätt att kringgå syftet med reglerna.

Vad sedan gäller rättsföljden av en olovlig vinstutdelning, ser vi även här stora likheter mellan vår egen och den tyska och norska lagstiftningen. I samtliga länder blir mottagaren nämligen återbetalningsskyldig även om vi konstaterat att det finns en viss skillnad vad beträffar bevisbördans placering. (I den tyska lagstiftningen har bolaget bevisbördan för att aktieägaren insåg eller bort inse att utbetalningen var olaglig medan aktieägaren skall visa att utbetalningen tagits emot i form av vinstutdelning.)

En annan likhet ligger däri att ingen av lagstiftningarna tillhandahåller något godtrosskydd vid dold vinstutdelning. Detta anser vi vara olyckligt och vi delar Aktiebolagskommitténs uppfattning¹⁵⁰ att det bör finnas ett lagfäst godtrosskydd, som gäller även vid dold vinstutdelning och oavsett om mottagaren är aktieägare eller utomstående. Anledningen till vår inställning är, att det skulle få mycket negativ

¹⁴⁹ Se text NJA 1997 s 418

¹⁵⁰ SOU 1997:168, s 84. Notera även att godtrosskyddet föreslås gälla även då utbetalning sker i samband med nedsättning av aktiekapitalet, reservfonden eller överkursfonden, eller i form av utskiftning vid bolagets likvidation.

inverkan på förutsebarheten och säkerheten i omsättningen om inte godtrosskyddet skulle gälla även i dessa båda sistnämnda situationer.

När det gäller bristtäckningsansvaret i 12:5 2 st ABL kan det konstateras att också dessa regler kan komma att tillämpas på utomstående, (d v s personer som inte räknas upp i 15:1-4 ABL). Här finns dock vissa skillnader vad gäller godtrosskyddet. Norge har nämligen, till skillnad från Sverige ett lagfäst, explicit godtrosskydd för de som medverkat till att den olovliga vinstutdelningen genomförts. I Sverige har vi visserligen ett indirekt godtrosskydd i och med att reglerna i 15 kap ABL föreskriver culpa, grov culpa (aktieägare) eller uppsåt som subjektiva rekvisit för att ansvar skall uppkomma. För utomstående är dock situationen klart mer osäker. HD uppställde visserligen i NJA 1997 s 418 ett krav på uppsåt för utomstående (banken) men samtidigt förespråkar Aktiebolagskommittén en ordning där grov culpa skulle kunna räcka för att utomstående skall drabbas av bristtäckningsansvar.¹⁵¹

Vi ställer oss i stort sett positiva till kommitténs förslag eftersom vi inte anser att t ex en bank som grovt vårdslöst medverkat till en olovlig vinstutdelning, förtjänar något starkare godtrosskydd. Det torde dessutom vara svårt att styrka uppsåt i en dylik situation. Den enda tveksamheten som skulle kunna uppkomma är, enligt vår mening, då fråga är om s k vindikationssurrogat¹⁵² där medverkan huvudsakligen består i att t ex en privatperson mottagit utdelning efter en aktieägare. Det kan nämligen tyckas väl strängt att en privatperson skall ha samma undersökningsplikt som t ex ett finansinstitut.

Vad gäller de förslag till reformer som Aktiebolagskommittén presenterar i SOU 2000:1¹⁵³ kan först nämnas att Aktiebolagskommittén föreslår en ökad fokusering på försiktighetsregeln i 12:2 2 st ABL. Denna föreslås nämligen få ett utökat tillämpningsområde så att den inte bara gäller vid vinstutdelning utan även vid varje annan form av värdeöverföring till aktieägare eller utomstående. Vad beträffar rekvisiten: konsolideringsbehov, likviditet samt ställning i övrigt, kommer de att textmässigt överensstämma med nuvarande utformning. Däremot anges vissa nya riktlinjer för hur dessa rekvisit skall tolkas. Bl a skall vid bedömningen av bolagets konsolideringsbehov, hänsyn tas till bolagets *reella* ställning. Detta innebär att även bolagets obeskattade- och dolda reserver skall beaktas. Vi anser att detta är ett tydligt tecken på att den svenska lagstiftningen influerats av de norska modellen. Denna ”norgeinfluering” märks också på den föreslagna förändringen att rekvisitet ”god affärssed” skall ersättas av ett *försvarlighetsrekvisit* samt att en helhetsbedömning i framtiden skall göras med beaktande av de krav som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på storleken av det egna kapitalet. Rekvisitet ”god affärssed” utmönstras eftersom någon sådan ännu inte utbildats trots att bestämmelsen varit ikraft i över 20 år.

Vi ställer oss i stort sett positiva till de nyssnämnda föreslagna förändringarna eftersom de gör systemet mer flexibelt och reglerna mer funktionella ur såväl aktieägar- som borgenärsperspektiv. Det är dock viktigt att inte förbise att det ständigt måste ske en avvägning mellan borgenärernas behov av skydd och aktieägarnas intresse av få utdelning. Visserligen ställer en lagformulering med en försvarlighetsregel relativt

¹⁵¹ SOU 1997:168, s 86

¹⁵² Andersson 2000, s 108

¹⁵³ Se dock SOU 1997:168 för en utförligare redogörelse

höga krav på bolagets styrelse, men fördelarna med en sådan konstruktion får ändå anses överväga nackdelarna eftersom olika aktiebolag har olika kapitalbehov.¹⁵⁴

Avslutningsvis kan sägas att kapitalanvändningsformen vinstutdelning, åtminstone såvitt vi kunnat se hittills, *förefaller* vara en i princip nödvändig kapitalanvändningsform eftersom hela syftet med bolagsformen är att generera vinst till sina ägare. Det är dock för tidigt att redan nu dra några bestämda slutsatser eftersom vi först måste granska de övriga två kapitalanvändningsformerna för att därefter kunna väga samtliga kapitalanvändningsformer mot varandra. Detta kommer vi därför att göra först i den avslutande analysen till arbetet.

5 Aktiebolags förvärv av egna aktier

5.1 Inledning

Fram till den 10 mars 2000 var det i Sverige förbjudet för aktiebolag att förvärva egna aktier. Detta kom till uttryck i det strikta förbud mot förvärv av egna aktier som uppställdes i aktiebolagslagen och syftet bakom den hårda lagstiftningen var bl a dels att skydda bolagets borgenärer, dels risken för spekulation och stödköp i egna aktier.¹⁵⁵ Ett bolags förvärv av egna aktier kunde nämligen få samma effekt som en återbetalning till aktieägarna i samband med nedsättning av aktiekapitalet, och det i lagen uppställda förbudet skulle därför hindra att de begränsningar som gällde vid nedsättning av aktiekapitalet kringgicks. Ett annat skäl till förbudet var att förhindra att likabehandlingsprincipen åsidosattes, även om förbudet under senare tid främst motiverats med att förvärv av egna aktier kan innebära en risk för spekulation och stödköp i egna aktier.¹⁵⁶

Det svenska förbudet fick under senare år utstå en hel del kritik. Den ökade internationaliseringen i samband med Sveriges medlemskap i EU var utan tvekan en av flera orsaker till lagändringen. Den europeiska rättsutvecklingen har dessutom varit starkt influerat av USA, som är något av ett föregångsland vad gäller aktiebolagsrättslig lagstiftning och som har en lång tradition av att tillåta förvärv av egna aktier.¹⁵⁷ Den amerikanske lagstiftarens tämligen liberala syn på användningen av bolagets medel gjorde näringslivet tidigt uppmärksam på det alternativ till den traditionella vinstutdelningen, som förvärv av egna aktier faktiskt utgör.¹⁵⁸ Den amerikanska rättsutvecklingen på området har alltså påverkat de europeiska ländernas lagstiftning till en liberalisering, och i dagsläget kan det konstateras att de allra flesta västeuropeiska länder mer eller mindre tillåter aktiebolag att förvärva egna aktier. Detta gäller alltså länder såväl inom den europeiska gemenskapen som utanför. (Se nedan angående norsk lagstiftning på området.)¹⁵⁹ För samtliga länder inom EU sätts dock en yttersta gräns för hur regleringen av förvärv av egna aktier skall utformas

¹⁵⁴ En korvkiosk i Flen har ju ett helt annat kapitalbehov än ett kärnkraftverk!...

¹⁵⁵ Prop 1999/2000:34, s 52, SOU 1997:22, s 246

¹⁵⁶ Skog, Nya bestämmelser om aktiebolags kapital – en presentation av Aktiebolagskommitténs förslag JT 1996-97 nr 3, s 717

¹⁵⁷ Skog, Aktiebolags förvärv av egna aktier - är det dags att ompröva förbudet JT 1995-96 nr 3, s 761-762

¹⁵⁸ Skog, Aktiebolags förvärv av egna aktier Nordisk tidskrift för selskabsret 2000:2, s 191

¹⁵⁹ Skog, JT 1996-97, s 717

genom EG:s andra bolagsdirektiv.¹⁶⁰ Detta innebär att lagstiftningen för publika aktiebolags förvärv av egna aktier måste överensstämma med direktivet.

5.2 Motiv till lagändringen samt argument emot densamma

Den svenska debatten rörande förvärv av egna aktier tog således fart i mitten av 1990-talet. Mycket av diskussionen har handlat om näringslivets oro för att de svenska bolagen inte haft samma konkurrensmöjligheter som de utländska företagen. Detta främst p g a de utländska bolagens möjlighet till en effektivare användning av bolagets kapital, vilket i sin tur ger dessa företag en ökad flexibilitet och effektivare drift. Näringslivet menade att det förelåg en risk att investerare, som värdesatte möjligheten att köpa egna aktier, valde att placera sitt riskkapital i länder med en liberalare lagstiftning.¹⁶¹

Ett annat motiv till att ett företag med positivt kassaflöde skall kunna förvärva egna aktier, och därmed föra tillbaka överskottskapital till ägarna, är att det ger en helt annan signal till marknaden och ägarna, än vad en regelrätt utdelning gör. Förklaringen ligger i att flertalet företag eftersträvar en långsiktig och stabil utdelningspolitik, vilket innebär att utdelningshöjningar endast kan ske om den högre nivån förutspås bli långsiktig.¹⁶² Skulle en tillfällig utdelningshöjning ske, i syfte att transferera överskottskapital till ägarna, kan det leda till att helt fel signaler ges till marknaden.¹⁶³ Andersson ställer sig dock mycket kritisk till detta argument och menar att "...aktiemarknadsanalytiker borde ju rimligen genomskåda detta - jurister är knappast klokare än andra i det hänseendet."¹⁶⁴ Andersson anför vidare att: "Argumentet att utdelning och återköp ger olika signaler till marknaden är därför enligt min mening ett tämligen dumt argument för att tillåta återköp av egna aktier, eftersom argumentet bygger på en inneboende misstro mot marknadsaktörernas analytiska förmåga".¹⁶⁵

Ett annat argument för att tillåta förvärv av egna aktier, och som framförts såväl i förarbeten som den juridiska debatten är att en sådan ordning möjliggör en utdelning till aktieägarna när som helst under året och inte bara i samband med bolagsstämma.¹⁶⁶ (Jfr här tysk rätt.)

Ett ytterligare argument som framförts för lagändringen är att förvärv av egna aktier möjliggör en bättre anpassning till aktieägarnas önskemål än vad en traditionell vinstutdelning gör. Aktieägarna får därigenom nämligen en större valmöjlighet vad gäller hur de vill investera sina pengar. En aktieägare som föredrar en långsiktig investering med låg direktavkastning väljer att behålla sina aktier medan en aktieägare som vill ha hög direktavkastning kan sälja sina aktier till bolaget. En utdelning är däremot obligatorisk i den bemärkelsen att den "träffar" även de aktieägare som

¹⁶⁰ 77/91 EEG

¹⁶¹ Prop 1999/2000:34, s 56 samt SOU 1997:22, s 250

¹⁶² SOU 1997:22, s 247 ff

¹⁶³ Skog, JT 1995-96, s 766. Se även Prop 1999/2000:34, s 55

¹⁶⁴ Andersson 2000, s 25

¹⁶⁵ Andersson 2000, s 26

¹⁶⁶ Se t ex SOU 1997:22, s 248

skulle ha föredragit en värdetillväxt.¹⁶⁷ Även detta argument kritiseras av Andersson som menar att samma resultat går att uppnå genom att helt enkelt ändra utdelningsreglerna.¹⁶⁸

Återköp av egna aktier erbjuder vidare en möjlighet till att snabbt förändra kapitalstrukturen i ett bolag, vilket också anförts som skäl till lagändringen. Det handlar alltså om att kunna maximera företagets värde och minimera dess kapitalkostnader. Till skillnad från ett återköp av egna aktier, som lätt kan avyttras vid ett behov, kan en utdelning inte tas tillbaka den dag företaget vill stärka det egna kapitalet. Visserligen är det därutöver möjligt att göra värdeöverföringar till aktieägarna genom nedsättning av aktiekapitalet enligt 6 kap ABL (se avsnitt 6.2.2) men ett sådant förfarande är i regel både krångligt och förhållandevis tidskrävande.¹⁶⁹

Ett annat ofta anført skäl till att tillåta återköp av egna aktier är att en sådan ordning kan förhindra oönskade uppköpserbjudanden eller andra former av kontrollägarskiftet i ett företag. Det vanligaste exemplet på detta är s k *riktade återköp*, där företaget förvärvar samtliga aktier från en eller flera ägare som på ett eller annat sätt visat tecken på att vilja ta kontroll över bolaget. Också generella återköpserbjudanden kan fungera som ett försvar mot uppköp genom att t ex bolagets likvida medel minskar samtidigt som skuldsättningen ökar, vilket gör bolaget till ett mindre intressant förvärvsobjekt.¹⁷⁰ Aktiebolagskommittén menar dock att kontrollägarskiftet fyller en viktig funktion i övervakningen av företagets och näringslivets effektivitet och att lagstiftningen inte bör försvåra sådan övervakning. Aktiebolagskommittén ser därför möjligheten att motarbeta uppköp och kontrollägarskiftet snarare som ett argument mot än för att bolag skall tillåtas förvärva egna aktier.¹⁷¹

Det kan alltså konstateras att en möjlighet att kunna föra tillbaka överskottsmedel till aktieägarna i form av återköp av egna aktier bidrar till ett effektivare utnyttjande av näringslivets resurser, och är dessutom samhällsekonomiskt önskvärd eftersom återföringen normalt investeras i nya verksamheter.¹⁷² Bolaget kan genom att hålla sina egna aktier i beredskap möta ett framtida ökat behov av kapital. Dessa skäl är också de som Andersson lyfter fram och han menar att ”[s]jälva flexibiliteten är poängen - inte huruvida motsvarande resultat tekniskt sett i och för sig kan nås på något annat vis genom t ex utdelning.”¹⁷³

Det har i debatten framförts en oro för att återköp av egna aktier kan medföra risk för kursmanipulationer. I prop. 1999/2000:34 betonas också vikten av att reglerna utformas på ett sådant sätt att maktmissbruk och illojala transaktioner undviks. Det befintliga regelsystemet måste alltså kompletteras med regler om hur handel med egna aktier skall bedrivas. Utredarna ser dock inte att lösningen enbart går finna i själva utformandet av lagen utan menar att också näringslivet självt måste agera för att förebygga kursmanipulationer vid förvärv och avyttring av egna aktier.¹⁷⁴ Aktiebolagskommittén tycks inte se detta som ett lika stort problem. De menar att

¹⁶⁷ Prop 1999/2000:34, s 55-56 samt SOU 1997:22, s 248

¹⁶⁸ Andersson 2000, s 26

¹⁶⁹ Prop 1999/2000:34, s 55

¹⁷⁰ Skog, JT 1995-96, s 768. Se även SOU 1997:22, s 249

¹⁷¹ SOU 1997:22, s 249-250

¹⁷² Prop 1999/2000:34, s 55

¹⁷³ Andersson 2000, s 26

¹⁷⁴ Prop 1999/2000:34, s 76-79

argumentet grundar sig på en felaktig uppfattning om rollfördelningen mellan företagen och aktiemarknaden. Företagsledningens syn på bolagets värde skall inte förmedlas till aktiemarknaden via åtgärder som innebär att företaget själv styr utbud och efterfrågan på aktien utan snarare genom fortlöpande information.¹⁷⁵

Ett annat viktigt problem som tagits upp är om återköp av egna aktier kan leda till en icke önskvärd maktförskjutning mellan aktieägarna och företagsledningen. En av grundstenarna i aktiebolagsrätten är ju att aktieägarna, genom bolagsstämman, skall ha det bestämmande inflytandet över bolaget. Under förutsättning att aktieägarna behåller det avgörande inflytandet över beslutandet av återköp kan utredarna i propositionen dock inte se att det finns någon risk att reglerna om återköp av egna aktier skulle förändra aktieägarnas kontroll över bolaget till det sämre.¹⁷⁶

I 7:11 ABL befästs också aktieägarnas ställning genom att det är bolagsstämman som skall besluta om förvärv av egna aktier. Skälet till att beslutanderätten ligger hos bolagsstämman är att återköp av egna aktier har likheter med nedsättning av aktiekapitalet i samband med efterföljande utdelning till aktieägarna, men det skall också nämnas att en sådan ordning har även förespråkats i det andra bolagsdirektivet.¹⁷⁷

I 7:18 ABL uppställs utöver 7:11 ABL ett krav som också de gagnar minoritetsaktieägarna. Ett beslut rörande förvärv av egna aktier måste nämligen biträdas av aktieägare med minst två tredjedelar av såväl de avgivna rösterna som de vid bolagsstämman företrädde aktierna (7:16 ABL). Dock kan också styrelsen, efter *bemyndigande* av bolagsstämman, besluta om återköp av egna aktier, vilket framgår av 7:11 andra stycket ABL. En sådan ordning leder till en större flexibilitet då styrelsen många gånger har en bättre insyn i bolaget. Bolagsstämman har ju inte alltid samma tillgång till sådan omedelbar information som styrelsen och har inte heller samma möjlighet att rent praktiskt kunna föra en fortlöpande kontroll över de pågående förvärven.¹⁷⁸ Har beslutet fattats på felaktigt sätt får allmänna aktiebolagsrättsliga principer tillämpas eftersom några särskilda föreskrifter i denna situation inte utarbetats. Detta innebär att ett beslut om återköp av egna aktier som inte grundar sig på ett stämmobeslut, blir ogiltigt.¹⁷⁹

Slutligen kan nämnas att bolaget enligt 9:4 ABL saknar rösträtt för de återköpta aktierna och följaktligen kan de aktier som innehas av bolaget inte företrädas vid bolagsstämman. Bolagets innehav av egna aktier medför inte heller någon rätt till utbetalning i samband med nedsättning av aktiekapitalet, reservfonden eller överkursfonden och då självklart inte heller någon rätt till utbetalning vid vinstutdelning.¹⁸⁰ Därutöver har bolaget ingen företrädesrätt till nya aktier vid en nyemission.¹⁸¹ Detta menar vi är ytterligare ett led i att starka aktieägarnas ställning vid återköp av egna aktier.

¹⁷⁵ SOU 1997:22, s 249

¹⁷⁶ Prop 1999/2000:34, s 55-56

¹⁷⁷ SOU 1997:22, s 251

¹⁷⁸ Andersson 2000, s 32. Se även Prop 1999/2000:34, s 69

¹⁷⁹ Prop 1999/2000:34, s 123

¹⁸⁰ Se 12:1 2 st ABL

¹⁸¹ Se 4:2 a ABL

5.3 Skyddet av bolagets bundna kapital

Vad gäller skyddet för bolagets egna kapital innebär ett återköp av egna aktier att bolaget återför medel till aktieägarna på ett sätt som på många vis liknar en vinstutdelning och detta kan givetvis medföra att borgenärernas ställning riskerar att försämrast. I propositionen¹⁸² fastslås att förutsättningen för att ett förvärv av egna aktier skall tillåtas är att förvärvet inte medför någon försämring av skyddet för det bundna egna kapitalet.¹⁸³ Reglerna har därefter utformats i enlighet med reglerna om vinstutdelning i 12 kap ABL samt i enlighet med det andra bolagsdirektivet, och återfinns nu i 7:8 ABL. I paragrafens första stycke stadgas att förvärvet inte får ske med större belopp än att det efter förvärvet finns täckning för det bundna egna kapitalet och i paragrafens andra stycke finns den s k försiktighetsregeln som har sin exakta motsvarighet i 12:2 2 st ABL (för utförlig genomgång av försiktighetsregeln se avsnitt 4.6).

Andersson diskuterar likheten mellan en utdelning och förvärv av egna aktier och kommer givetvis med en rad intressanta synpunkter. Ett förvärv av egna aktier eller en försäljning av dessa påverkar, enligt Andersson, inte bolagets aktiekapital på så sätt som är fallet med en nedsättning av aktiekapitalet i samband med efterföljande återbetalning till aktieägarna. Av samma skäl, menar Andersson, saknas det anledning att betrakta bolagets förvärv av egna aktier som en vinstutdelning. Å andra sidan anför han som skäl för att ha samma restriktioner vid såväl återköp som vinstutdelning, den vid förvärvstidpunkten ännu icke realiserade *förlustrisk* som kan komma att realiseras. Värdet av bolagets aktier som redovisas på aktivsidan är ju beroende av bolagets affärsidé, konkurrenskraft och ledning och skulle värdet på aktierna sjunka så minskar samtidigt det egna kapitalet på passivsidan. På detta vis riskerar aktiekapitalet inkl övriga poster på passivsidan att urholkas, och därmed också borgenärsskyddet. Detta kan dock förhindras bl a genom att aktierna enligt 4:14 ÅRL inte får tas upp som en tillgång i balansräkningen.¹⁸⁴

5.4 Vilka bolag får förvärva egna aktier?

I 7:3 ABL går att utläsa att ett publikt aktiebolag som är noterad på börs, en auktoriserad marknadsplats eller någon annan reglerad marknad får återköpa aktier. Detta gäller även förvärv som görs av någon annan som handlar i eget namn för bolagets räkning, t ex en bulvan eller en kommissionär.¹⁸⁵ Med börs menas här företag som enligt lagen om börs- och clearingverksamhet eller motsvarande utländskt börsföretag fått auktorisation. Detsamma gäller för auktoriserad marknadsplats medan reglerad marknad anses vara såväl marknader inom som utanför EES och som uppfyller kraven på reglerad marknad enligt EG:s investeringstjänstedirektiv.¹⁸⁶

I andra stycket i nyssnämnda paragraf stadgas ett förbud för övriga publika bolag samt för privata bolag att förvärva egna aktier och att ett avtal som strider emot detta är ogiltigt. Från detta förbud finns dock enligt 7:4 ABL vissa undantag. De undantag

¹⁸² Prop 1999/2000:34

¹⁸³ Prop 1999/2000:34, s 57

¹⁸⁴ Andersson 2000, s 28-29

¹⁸⁵ Prop 1999/2000:34, s 114-115

¹⁸⁶ Prop 1999/2000:34, s 114

som gäller är följande: vederlagsfria förvärv, förvärv av aktier som ingår i en affärsrörelse som bolaget övertar, inlösen av aktier enligt 13:3 ABL samt att på auktion ropa in egna aktier som har utmätts för bolagets fordran. Aktier som förvärvats i enlighet med 7:4 ABL skall enligt 7:5 ABL, såvida de inte har dragits in genom nedsättning av aktiekapitalet, avyttras så snart det kan ske utan förlust dock senast ett år efter förvärvet. De aktier som inte avyttrats inom tre år skall av bolaget förklaras ogiltiga och bolaget skall då sätta ned aktien med dess nominella belopp. Aktierna blir dock först ogiltiga sedan bolaget fattat ett uttryckligt beslut om det (se mer om rättsföljd nedan i avsnitt 5.6).¹⁸⁷

Skulle det visa sig att bolagets aktiekapital efter nedsättningen kommit att understiga lägsta tillåtna aktiekapital (1:3 ABL) är bolaget enligt 13:4 a ABL skyldigt att träda i likvidation.¹⁸⁸

Lagen tillåter således i princip endast publika aktiebolag att förvärva egna aktier. Förklaringen till detta är delvis skatterättslig och rör främst skattereglerna kring fåmansbolag dit de flesta privata aktiebolag hör.¹⁸⁹ Privata bolags förvärv av egna aktier är dock på väg att ses över och det är inte helt omöjligt att även privata bolag kommer att få samma återköpsmöjlighet som publika bolag har idag.¹⁹⁰

5.4.1 På vilket sätt får publika aktiebolag återköpa egna aktier?

Förvärv av egna aktier går att genomföras på i princip tre olika sätt: genom ett förvärvserbjudande riktat till aktieägarna, genom köp på aktiemarknaden eller genom förhandling mellan bolaget och en viss aktieägare. Av dessa tre metoder är endast de två första tillåtna i Sverige.¹⁹¹ I 7:7 1st p 1-3 ABL fastslås vilka tillåtna förvärvsmetoder som gäller. Förvärven får således endast ske¹⁹²:

1. På en börs, en auktoriserad marknadsplats eller någon annan reglerad marknad inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet,
2. på en börs eller någon annan reglerad marknad utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet efter tillstånd av Finansinspektionen, eller
3. i enlighet med ett förvärvserbjudande som har riktats till samtliga aktieägare eller samtliga ägare till aktier av ett visst slag.

Förklaringen till den uppenbart strikta regleringen av hur själva återköpet skall gå till är att minimera risken för så kallad *greenmail*, vilket innebär att företaget mer eller mindre tvingas köpa tillbaka aktier i hot om att några ägare skall ta kontrollen över bolaget. Därutöver skulle risken för att en aktieägare gynnas på ett otillbörligt sätt öka om förvärv kan ske genom avtal med enskild aktieägare.¹⁹³ Ett sådant avtal mellan aktieägare och bolag skulle också kunna komma att strida mot likhetsprincipen, men

¹⁸⁷ Prop 1999/2000:34, 116

¹⁸⁸ Prop 1999/2000:34, s 116

¹⁸⁹ Prop 1999/2000:34, s 54

¹⁹⁰ Andersson 2000, s 25

¹⁹¹ Rodhe 2000, s 101

¹⁹² Se 7:7 ABL

¹⁹³ Prop 1999/2000:34, s 62. Se även Andersson 2000, s 27 f

genom generella förvärvserbjudanden, se paragrafens tredje punkt, kan såväl enskilda aktieägares som bolagets intressen tillvaratas.¹⁹⁴(Se ovan.)

Den andra punkten i paragrafen motiveras med att svenska publika bolag bör ha möjlighet att bedriva handel på de stora börserna i Nordamerika¹⁹⁵.

5.4.2 Tillåten storlek på innehav av egna aktier

Ett aktiebolag som vill återköpa egna aktier måste också ta hänsyn till 7:9 ABL där det stadgas att bolaget inte får förvärva egna aktier i den mån bolagets innehav av egna aktier kommer att uppgå till mer än en tiondel av samtliga aktier i bolaget. Det finns dock inget uttryckligt hinder mot att inneha aktier som representerar mer än en tiondel av totalantalet aktier av ett visst slag, så länge den andelen av totalantalet aktier inte överstiger en tiondel.¹⁹⁶ Om bolaget förvärvar så många aktier så att den totala mängden aktier efter förvärvet uppgår till mer än en tiondel av samtliga aktier i bolaget, träffar förbudet endast förvärvet av det överskjutande antalet aktier och det är enbart dessa som måste avyttras enligt 7:10 ABL (se nedan).¹⁹⁷

5.5 Dra in eller överlåta aktierna?

Under utarbetandet av lagändringen diskuterades bl a frågan om hur återköpta aktier skulle behandlas *efter* förvärvet och två skilda lösningar presenterades. Den ena går ut på att aktierna måste lösas in och aktiekapitalet därmed måste sättas ned med ett belopp som motsvarar de inlösta aktiernas nominella värde. Den andra lösningen, och som utredningen förespråkade, innebär att bolaget behåller aktierna för att efter en tid avyttra dem till utomstående eller aktieägare. Utredningen menar nämligen att den senare lösningen bättre tillgodoser bolagets och aktieägarnas intressen i det att kapitalutnyttjandet helt enkelt blir effektivare. Bolaget kan ju på det sättet inneha aktier i syfte att kunna möta ett kommande kapitalbehov. Visserligen fungerar även nyemission som ett instrument för bolag som behöver kapitaltillskott, men ett sådant förfarande är både långsammare och dyrare än vad ett förvärv av egna aktier är.¹⁹⁸ Även Andersson ställer sig positiv till att ett bolag skall få överlåta de förvärvade aktierna. Han menar nämligen att ett sådant förfarande knappast kan vara till någon nackdel för bolaget och dess borgenärer utan måste snarare ses som något fördelaktigt.

Hur själva överlåtelsen av egna aktier skall gå till regleras i 7:17-22 ABL. Reglerna har stora likheter med reglerna rörande nyemission eftersom de båda förfarandena i stort liknar varandra. Det är dock viktigt att observera att portalparagrafen 7:17 ABL som ju hänvisar till de övriga aktuella lagrummen, inte är tillämplig på privata aktiebolag som ju får återköpa aktier enbart i de undantagssituationer som anges i 7:4 ABL och då måste avyttra aktierna enligt 7:5 ABL. Detta innebär dock att de former

¹⁹⁴ Prop 1999/2000:34, s 62

¹⁹⁵ Andersson 2000, s 28

¹⁹⁶ Skog, Nordisk Tidskrift för selskabsret 2000:2, s 194

¹⁹⁷ Prop 1999/2000:34, s 120

¹⁹⁸ Prop 1999/2000:34, s 59

som gäller för överlåtelse av egna aktier också gäller för onoterade publika aktiebolag.¹⁹⁹

Det är enligt 7:19 ABL bolagsstämman som fattar beslut om en överlåtelse och för att beslutet skall bli giltigt krävs att det har biträttts med aktieägare med minst två tredjedelar av såväl de angivna rösterna som de vid bolagsstämman företrädde aktierna. Det finns dock möjlighet för bolagsstämman att bemyndiga styrelsen att fatta ett sådant beslut och i sådana fall skall bolagsstämman ange ramarna för styrelsens beslutanderätt enligt 7:20 ABL.

Hur själva överlåtelsen skall se ut på aktiemarknaden regleras i 7:18 ABL och det är samma begränsningar som gäller vid förvärv av aktier på marknaden. En överlåtelse får alltså endast ske på en börs, en auktoriserad marknadsplats eller någon annan reglerad marknad inom EES eller utanför EES om Finansinspektionen ger sitt tillstånd.

I 7:21 ABL anges vilka lagregler som gäller vid sådana överlåtelser av egna aktier som inte sker på en börs eller någon annan reglerad marknad. Skall de överlåtna aktierna betalas med pengar är huvudregeln att aktieägarna har företrädesrätt till aktierna i förhållande till hur många aktier de äger sedan tidigare. Detta framgår av att 7:21 1p ABL som hänvisar till 4:2 ABL. Det finns dock möjlighet att avvika från detta genom ett bolagsstämmobeslut. Ett sådant förfarande kan då bli aktuellt när bolaget vill frångå att rikta erbjudandet till samtliga ägare och exempelvis erbjuda aktieköpet till de anställda i bolaget.²⁰⁰

5.6 Rättsföljd vid olovligt förvärv av egna aktier

Det skall inledningsvis sägas att aktier som förvärvats i enlighet med reglerna kan behållas av bolaget på obegränsad tid.²⁰¹ Har förvärvet skett i strid med lagen är saken dock annorlunda. Det andra bolagsdirektivet föreskriver att återköp av aktier som innebär att det bundna egna kapitalet påverkas, måste avyttras inom ett år. I prop 1999/2000:34 förespråkas dock en kortare tidsfrist på sex månader. Motivet bakom den strängare regleringen är att med en ett års gräns ”...skulle respekten för begränsningarna undergrävas.”²⁰² Enligt 7:10 ABL skall således, vilket nämnts ovan, aktier som förvärvats i strid med bestämmelserna i 7:7-9 ABL avyttras inom sex månader från förvärvet. De aktier som inte avyttrats inom den angivna tidsfristen skall av bolaget förklaras ogiltiga jämlikt 7:10 2 meningen ABL. Avyttringskravet samt skyldigheten att förklara aktierna ogiltiga gäller dock inte de aktier som bolaget har haft rätt att förvärva.²⁰³ Om exempelvis ett bolag har gett ut tjugotusen aktier och bolaget i strid med 7:9 ABL förvärvar tvåtusentrehundra av aktierna behöver bolaget endast avyttra de överskjutande trehundra aktierna. Har förvärvet skett i strid med 7.8

¹⁹⁹ Andersson 2000, s 36

²⁰⁰ Prop 1999/2000:34, s 130. Observera dock att det i vissa fall uppställs prospektkrav. Se ex Leolagen (1987:464) samt 4:18 och 4:20-25 ABL.

²⁰¹ Rodhe 2000, s 102

²⁰² Prop 1999/2000:34, s 67

²⁰³ Prop 1999/2000:34, s 68

2st ABL får bolaget istället behålla de aktier som motsvarar anspråket fritt eget kapital och måste då sälja övriga aktier.²⁰⁴

De aktier som bolaget inte avyttrar inom sex månader skall ju som ovan sagts förklaras ogiltiga. Uppgiften att ogiltigförklara aktierna åligger styrelsen och skall ske genom ett särskilt beslut där aktierna som skall ogiltigförklaras skall utpekas. Eftersom detta medför att det inte längre finns giltiga aktier i en omfattning som motsvaras av aktiekapitalets storlek måste även en nedsättning av aktiekapitalet med ett belopp motsvarande de ogiltiga aktiernas nominella belopp göras. För beslut om nedsättning gäller bestämmelserna i 6 kap ABL.²⁰⁵ Dessutom skall motsvarande belopp avsättas till reservfonden. Skulle en sådan nedsättning innebära att aktiekapitalet understiger lägsta tillåtna aktiekapital, är bolaget enligt 13:4 a ABL skyldigt att träda i likvidation.²⁰⁶

Har aktier däremot förvärvats i strid med 7:3 2st ABL (d v s andra publika bolag eller privata bolag som förvärvat aktier i andra fall än de som nämns i 7:4 ABL) blir rättsföljden ogiltighet.

5.7 Tyska bolags förvärv av egna aktier

Precis som i Sverige rådde det i Tyskland under många år i princip ett totalförbud för aktiebolag att förvärva egna aktier. På senare år har dock en viss liberalisering av reglerna kring förvärv av egna aktier kunnat skönjas i Europa, främst på grund av avregleringar och krav på ökad flexibilitet.²⁰⁷ Tyskland tillåter sedan 1 maj 1998 i större utsträckning än tidigare publika aktiebolag (AG) att förvärva egna aktier. Lagändringen innebär att det är mycket lättare för tyska bolag att förvärva egna aktier än vad det var tidigare. Syftet bakom den tidigare, mycket stränga, regleringen var att skydda bolagets borgenärer mot en urholkning av bolagets eget kapital samt att förhindra att någon blev lurad på artificiellt höga börskurser.²⁰⁸

Även om skyddandet av bolagets borgenärer fortfarande nämns som viktigt betonas numera kapitalmarknaden och dess aktörer som det primära att ta hänsyn till. Aktieägare är numera, till skillnad från tidigare, individuella aktörer på kapitalmarknaden. Detta får till följd att aktieägare anses vara mer intresserade av att bolagets marknadsvärde är så stort som möjligt än om deras eget inflytande i bolaget.²⁰⁹ Ett annat motiv till lagförändringen är den kritik den strängt reglerade tyska kapitalmarknaden fått utstå. Genom att tillåta förvärv av egna aktier anpassas tyska bolags finansieringsmöjligheter till internationella förhållanden och det främjar en livligare handel med aktier.²¹⁰

²⁰⁴ Prop 1999/2000:34, s 121

²⁰⁵ Andersson 2000, s 32

²⁰⁶ Prop 1999/2000:34, s 122

²⁰⁷ Geiger, Förvärv av egna aktier i Tyskland: lagen före och efter den aktiebolagsrättsliga reformen SvJT nr 8 1998, s 618

²⁰⁸ Geiger, SvJT 1998, s 619

²⁰⁹ Geiger, SvJT 1998, s 626-628

²¹⁰ Geiger, SvJT 1998, s 628

Lagstiftningen rörande förvärv av egna aktier är alltså olika beroende på om det rör sig om ett AG eller ett GmbH. I likhet med vad som gäller reglerna rörande vinstutdelning är inte GmbH bolagsformen lika strängt reglerad.

5.7.1 Förvärv av egna aktier i AG

Den nya lagstiftningsreformen, vilken alltså ledde till en lagändring i maj 1998, medförde en principiellt viktig förändring vad gäller förvärv av egna aktier i Tyskland. Lagändringen innebar nämligen en utveckling från att som huvudregel helt ha förbjudit förvärv av egna aktier, kompletterad med några få undantag, till att ha en generell tillåtelse med detaljerade krav.

Förvärv av egna aktier regleras även i fortsättningen i § 71 AktG.²¹¹ Lagtekniskt har inte lagändringen inneburit någon större förändring utan det som har skett är att ett undantag lagts till katalogen i § 71 1 st AktG. Innehållsmässigt är dock skillnaden före och efter lagändringen desto mer omfattande. Det nya stycket är nämligen utformad som en generalklausul där formella krav uppställs för att förvärvet skall gå lagenligt till. Detta får jämföras med tidigare rätt där en rad materiella skäl krävdes för att ett förvärv skulle anses godtagbart.²¹²

Utöver generalklausulen i § 71 1st. 8 nr. AktG innehåller paragrafen sju undantag som beskriver i vilka situationer ett förvärv är tillåtet. Som ovan nämnts har dessa undantag mindre betydelse idag tack vare generalklausulen.

Det första undantaget (§ 71 1st. 1nr. AktG) tillåter förvärv av egna aktier om det är nödvändigt för att skydda bolaget från svåra och omedelbara skador. Det är således inte tillräckligt att aktieägarna kan komma att skadas utan skadan måste hota bolaget självt. Ett förvärv måste i praktiken vara det enda medlet för att uppnå målet, som är att skydda borgenärernas och aktieägarnas intresse. Det räcker alltså inte med att ett förvärv *kan* avhända skadan. Som exempel på detta nämns fall där bolagets aktier utgör gäldenärernas enda verkliga tillgång.²¹³ För att förvärvet skall vara tillåtet krävs dessutom enligt § 71 2st. AktG att aktierna är fullt betalda.

Om bolagets förvärv syftar till att kunna erbjuda aktierna till de anställda i bolaget blir det andra undantaget (§ 71 1 st. 2nr. AktG) aktuellt. Motiven bakom detta förfarande är i huvudsak rent socialpolitiska. Lagstiftaren har nämligen därigenom velat att främja de anställdas inflytande i bolaget. 1994 skedde en utvidgning av paragrafen och numera räknas även före detta anställda i bolaget in.²¹⁴ Däremot räknas inte medlemmar av Vorstand och Aufsichtsrat dithän.²¹⁵ Det är tillräckligt att Vorstand erbjudit arbetstagarna att förvärva aktierna. Skulle det senare visa sig att arbetstagarna avböjer erbjudandet har det ingen som helst inverkan på tillåtligheten av bolagets tidigare aktieförvärv.²¹⁶

²¹¹ § 71 a-e AktG fungerar som komplement till portalparagrafen. Vi kommer översiktligt att nämna några av dem

²¹² Geiger, SvJT 1998, s 630

²¹³ Kölner Kommentar 1988, § 71 anm. 22-23

²¹⁴ Geiger, SvJT 1998, s 62. Det är dock oklart huruvida även pensionerade arbetstagare räknas in. Se ex Kölner Kommentar 1988, § 71 anm. 41

²¹⁵ Kölner Kommentar 1988, § 71 anm. 35

²¹⁶ Kölner Kommentar 1988, § 71 anm. 37

Det tredje undantaget (§ 71 1 st. 3nr. AktG) handlar om situationer där bolaget står inför stora förändringar som kan påverka dess ställning eller form. Som ex kan nämnas när ett bolag underkastar sig ett annat bolags styrelse (Beherrschungsvertrag).

Sker förvärvet som en villkorslös och vederlagsfri gåva är det fjärde undantaget (§ 71 1 st. 4nr. AktG) tillämpligt. Syftet med en sådan gåva är i huvudsak sanering av bolaget.²¹⁷ Sådana gåvor som inte anses helt ”rena” (gemischte Schenkung) hamnar dock helt utanför. En helt renodlad gåva till bolaget gynnar såväl aktieägare som borgenärer eftersom bolagets finansiella situation förbättras. Detta undantag gäller även för förvärv som genomförs av en bank i egenskap av fondkommissionär åt en kund.²¹⁸ I sådana fall förvärvar banken aktierna för att i ett senare skede överlåta dem till köparen. Banken blir för en kort tid ägare till aktierna vilket aktualiserar undantaget. För förvärvet skall vara tillåtet krävs dessutom enligt § 71 2 st. AktG att aktierna är fullt betalda.

Det femte undantaget (§ 71 1 st. 5nr. AktG) gäller universalfång. Kvarlåtenskap är som regel att se som ett vederlagsfritt förvärv. Undantaget tillämpas exempelvis på ärvda aktier som inte är fullt betalda. Är aktierna helt betalda är det istället det fjärde undantaget som blir tillämpligt.²¹⁹

Syftar förvärvet till en framtida nedsättning av aktiekapitalet är sjätte undantaget (§ 71 1 st. 6nr. AktG) tillämpligt. Undantagets tillämplighet förutsätter att Hauptversammlung fattat ett beslut om en förestående nedsättning. De egna aktierna får dock vanligtvis inte behållas av bolaget utan måste snarast dras in. Detta eftersom stämmobeslutet måste följas.²²⁰

Därefter skall nämnas det sjunde undantaget (§ 71 1 st. 7nr. AktG) som reglerar situationer där bolaget fattat ett beslut att egna aktier skall förvärvas i syfte att bolaget sedan skall driva handel med dem. Det handlar då oftast om bolag som banker och olika kreditinstitut. Undantaget infördes i den tyska lagstiftningen 1994 och det öppnade stora möjligheter för företag att kontinuerligt köpa och sälja egna aktier. För att förvärvet skall anses tillåtet krävs dessutom enligt § 71 2 st. AktG att aktierna är fullt betalda.

Det sista undantaget återfinns i åttonde punkten och skall som ovan sagts ses som en generalklausul. Generalklausulen uppställer en rad formella krav, men bidrar också till en uppluckring av de tidigare så stränga materiella krav som uppställdes för att förvärvet skulle tillåtas. Den nya lagstiftningen ger Hauptversammlung ett stort ansvar, eftersom det är den som skall avgöra vilka ändamål som krävs för att ett förvärv skall godkännas. Detta innebär att bolagets möjlighet till förvärv av egna aktier inte alls på samma sätt är bundet till de i katalogen uppräknade situationerna. Som ex på detta kan nämnas det sjätte undantaget som stadgar att förvärv får ske om bolagsstämman innan förvärvet fattat beslut om nedsättning av kapital. Den nya generalklausulen gör det möjligt för förvärv redan innan beslut om nedsättning har fattats, om det anses vara skäligt av bolagsstämman. För att ett förvärv skall anses tillåtet krävs dessutom enligt § 71 2 st. AktG att aktierna är fullt inbetalda.

²¹⁷ Kölner Kommentar 1988, § 71 anm. 58-59

²¹⁸ Kölner Kommentar 1988, § 71 anm. 60

²¹⁹ Kölner Kommentar 1988, § 71 anm. 63 samt Geiger, SvJT 1998, s 624-625

²²⁰ Kölner Kommentar 1988, § 71 anm. 66-67, Geiger, SvJT 1998, s 625

Det framgår inte av lagen hur ett förvärv skall genomföras men det står dock klart att likhetsprincipen måste iakttas. Detta framgår inte minst av att lagtexten hänvisar till § 53 a AktG där likhetsprincipen kommer till uttryck. Samtliga aktieägare måste således beredas möjlighet att ta del av offerten, vilket antingen kan ske genom att offerten riktas till alla aktieägare eller att förvärvet sker över börsen.²²¹ Den tydliga kopplingen till § 53 a AktG visar lagstiftarens intention att i så stor utsträckning som möjligt undvika att en stor aktieägare hotar bolaget att "ta över" om inte det betalar ett rejält överpris för aktierna.²²²

Förutom att det uppställs krav på att aktierna måste vara fullt betalda (§ 71 2 st. AktG) finns det även ytterligare regler vars syfte är att garantera att den tyska kapitalskyddsprincipen (Kapitalerhaltungsgrundsatz) inte sätts ur spel. Som exempel kan nämnas § 71 2 st. 1m. AktG som säger att aktier som förvärvats enligt undantag 1,2,3,7 och 8 samt de aktier bolaget redan äger tillsammans, inte får överstiga 10 procent av aktiekapitalet.

Ett bolags förvärv av egna aktier leder inte till samma rättigheter som för en "vanlig" aktieägare. Detta framgår av § 71 b AktG som föreskriver att inga rättigheter medföljer förvärvet. Bolaget har därför varken rösträtt, rätt till vinstutdelning, eller någon teckningsrätt.²²³

5.7.2 Rättsföljd av olovligt förvärv av egna aktier i AktG

Om förvärvet skett i strid med § 71 AktG kan en rad paragrafer aktualiseras. Enligt § 71 4 st AktG är alla avtal som förpliktar ett aktiebolag till förvärv av egna aktier ogiltiga. Bolaget blir dock ägare till de förvärvade aktierna eftersom själva förvärvet är giltigt.²²⁴ Säljaren kan dock göra anspråk på att transaktionen skall gå tillbaka. Om köpet inte går tillbaka måste bolaget, för att inte riskera att aktierna dras in, enligt § 71c 1 st. AktG inom ett år från förvärvet överlåta aktierna.²²⁵

Utöver ovan nämnda paragrafer finns ett antal regler vars syfte är att förhindra ett kringgående av förvärvsrestriktionerna. Som ex kan nämnas § 71a AktG som förbjuder en tredje man att förvärva aktier i eget namn men för bolagets räkning, om samma transaktion hade varit förbjuden om bolaget handlat i eget namn. Likaså är det enligt § 71e AktG förbjudet för ett bolag att ta emot egna aktier som pant.

Om förvärv av egna aktier beslutats av bolagsstämman utan iakttagande av likhetsprincipen har varje aktieägare som anmält protest till bolagsstämmans protokoll rätt att hävda ogiltighet. Visar sig det sedan att förvärvet var ogiltigt måste de förvärvade aktierna överlåtas inom ett år efter förvärvet.

²²¹ Kölner Kommentar 1988, § 71 anm. 15

²²² Geiger, SvJT 1998, s 633

²²³ Kölner Kommentar 1988, § 71b anm. 7-12

²²⁴ Se § 71 4 st. 1m. AktG och Kölner Kommentar 1988, § 71 anm. 76

²²⁵ Se § 71b 3 st. AktG

5.8 Förvärv av egna andelar i GmbH

GmbHG har till skillnad från AktG varit mindre restriktiv i reglerna kring förvärv av egna andelar. Huvudregeln enligt § 33 i GmbHG är alltså att bolaget får förvärva egna andelar. Förutom de inskränkningar som uppställs i den indispositiva paragrafen finns det möjlighet att införa ytterligare tvingande regler i bolagsordningen (Geschäftsvertrag).²²⁶

Lagen gör en tydlig åtskillnad mellan förvärv av betalda och icke betalda andelar. Enligt § 33 1 st. GmbH är det förbjudet för bolaget att förvärva andelar som inte är fullt betalda. Det räcker med att någon del inte är betald för att förbudet skall inträda. Förbudet gäller även exempelvis gåvor där andelarna inte är fullt inbetalda, men det har däremot ingen betydelse för förvärvets tillåtlighet om extrainbetalningar av andelar inte gjorts.²²⁷

I § 33 2 st. GmbH återfinns de inskränkningar som råder vad gäller förvärv av fullt betalda andelar. Trots att andelarna är fullt betalda kan alltså ett förbud komma att aktualiseras om bolagets andelskapital hotas. Detta innebär att bolaget måste kunna finansiera förvärvet utan att behöva inkräkta på bolagets registrerade kapital.

Lagen ger ingen ledning vad gäller vilken tidpunkt man skall utgå från när man skall avgöra om bolaget har tillräckligt med fritt kapital för att finansiera förvärvet. En lösning som nämnts i doktrin är att utgå från den tidpunkt då det obligationsrättsliga avtalet slöts. Det innebär i så fall att man bortser från förmögenhetsförsämringar som uppkommer efter den fastslagna tidpunkten.²²⁸

Det framgår inte av GmbHG vilka rättigheter som följer av bolagets förvärv av andelar. Den allmänna uppfattningen tycks dock vara att de förvärvade andelarna inte ger inte någon rösträtt, teckningsrätt eller rätt till vinstutdelning.²²⁹

5.8.1 Rättsföljd av olovligt förvärv av egna andelar i GmbHG

Ett bolags förvärv av egna aktier i strid med § 33 GmbHG leder inte till ogiltighet, även om de avtal som förpliktigar ett aktiebolag till förvärv av egna aktier blir ogiltiga. Med andra ord är transaktionen obligationsrättsligt ogiltig men sakrättsligt giltig. Detta innebär ett visst skydd för en tredjeman som förvärvar andelarna. Avtalets ogiltighet leder dock till en möjlighet för parterna att vägra att prestera. Prestationerna skall således återgå (Zug - um - Zug).

Avslutningsvis skall nämnas att det är inte heller möjligt att, i syfte att försöka undvika att förbudet inträder, göra inbetalningar i efterhand.²³⁰

²²⁶ Se Baumbach-Hueck 1988, § 33 anm. 1 samt § 15 GmbHG

²²⁷ Scholz 1986, § 33 anm. 5

²²⁸ Baumbach-Hueck 1988, § 33 anm. 10

²²⁹ Baumbach-Hueck 1988, § 33 anm. 18-20

²³⁰ Baumbach-Hueck 1988, § 33 anm. 2

5.9 Norska bolags av förvärv av egna aktier

Först skall konstateras att norska AS/ASA liksom svenska ABL uppställer ett absolut förbud mot *teckning* av egna aktier.²³¹

Vad sedan gäller bolags rätt att återköpa sina egna aktier regleras detta i kap 9 AS/ASA. Reglerna är precis som vid vinstutdelning identiska i båda lagarna och har även samma paragrafnumrering.

I § 9 – 4 AS/ASA stadgas för det första att förvärv av egna aktier bara får ske om bolagsstämman med majoritet beslutat att ge styrelsen fullmakt att genomföra ett återköp. Stämman kan dock aldrig ge styrelsen tvingande instruktioner att genomföra ett återköp eftersom styrelsen har ett självständigt ansvar för sina beslut.²³² Fullmakten från bolagsstämman skall ange hur högt värde av aktier som bolaget som mest får förvärva samt det högsta och lägsta pris som får betalas för aktierna. Dessutom skall fullmakten registreras hos "Företagsregistret". (Sannolikt samma sak som svenska PRV.)

Det framhålls i Norska KARNOV att det är viktigt att likhetsprincipen efterlevs såvitt det är möjligt. Det står dock klart att likhetsprincipen kan få stå tillbaka för praktiska hänsyn. Enligt norska förarbeten kan det nämligen inte krävas att bolaget ger samtliga aktieägare samma erbjudande eftersom det skulle kunna göra återköpet nästan omöjligt att genomföra. Det påpekas att vid handel över börs så tillgodoses likhetsprincipen genom att alla haft möjlighet att sälja sina aktier under en viss period men i övrigt skulle det alltså kunna vara godtagbart med en särbehandling av vissa aktieägare. Detta gäller dock bara under förutsättning att det inte är fråga om särbehandling utan saklig grund.²³³

Vad sedan gäller den värdemässiga begränsningen av förvärvet av egna aktier stadgas för det första i § 9 – 2 AS/ASA att förvärvet som mest får omfatta aktier med ett sammanlagt värde av tio procent av aktiekapitalet. Förvärvet får inte heller medföra att aktiekapitalet med avdrag för det sammanlagda värdet av de egna aktierna, blir mindre än minsta godtagbara aktiekapital enligt § 3 – 1 AS/ASA. Detta innebär alltså att ett bolag som endast har ett minimiaktiekapital, aldrig kan återköpa några aktier oavsett hur t ex mycket fritt eget kapital företaget har. Utöver regeln i § 9 – 2 AS/ASA finns ytterligare en värdebegränsning i § 9 – 3 AS/ASA som stadgar att ett bolag bara kan förvärva egna aktier om bolagets fria egna kapital efter den senaste fastställda balansräkningen, överstiger köpeskillingen för de aktier som skall återköpas. Observera också att den generella försvarlighets regeln i § 3 – 4 AS/ASA även gäller vid återköp av egna aktier. Detta innebär att det inte alls är säkert att det är beloppsmässigt godtagbart att förvärva aktier för en viss summa även om summan täcks av fritt eget kapital. (Jämför svenska "försiktighetsregeln" vid återköp som återfinns i 7:8 2 st ABL och se mer om den norska försvarlighetsregeln ovan under avsnittet om vinstutdelning i Norge.)

²³¹ § 9 – 1 AS/ASA, 7:1 ABL

²³² Norska KARNOV 1999 del 3, s 2843 not 1281

²³³ Norska KARNOV 1999 del 3, s 2844 not 1288

5.9.1 Rättsföljden vid olovligt förvärv av egna aktier i Norge

Rättsföljden av ett förvärv i strid med bestämmelserna i AS/ASA regleras i § 9 – 7 AS/ASA vari för det första stadgas att ett olovligt avtal om förvärv blir ogiltigt såvida bolagets motpart insåg eller borde insett att avtalet stred mot AS/ASA. Paragrafen innehåller alltså ett godtrosskydd för bolagets motpart (aktieägaren) vilket helt saknas i svensk rätt. Skulle motparten vara i god tro innebär detta enligt § 9 – 7 AS/ASA att aktieägaren får behålla den utbetalade köpeskillingen och bolaget måste då så snart det är möjligt utan att förlust uppstår och senast inom tre månader, avyttra aktien. Skulle det inte vara möjligt att göra detta utan förlust för bolaget skall de som företrätt bolaget vid förvärvet, överta aktien på samma villkor som bolaget. De ansvariga ställföreträdarna ansvarar då solidariskt för köpeskillingen.²³⁴ Detta är en reglering som helt saknar motsvarighet i Sverige och såvitt vi kunnat bedöma är det alltså fråga om ett slags bristtäckningsansvar för ansvariga ställföreträdare liknande det vi har i 12:5 2 st ABL som ju hos oss bara gäller vid vinstutdelning.

5.10 Analys av kapitalanvändningsformen förvärv av egna aktier

Den samhällsekonomiska utvecklingen ställer allt högre krav på ett bolags flexibilitet vad gäller resursallokering och i en tid där allt fler europeiska länder tillåter förvärv av egna aktier, kom den svenska lagändringen rörande återköp av egna aktier inte direkt som någon överraskning. Dessutom har ju EG:rätten bidragit till utvecklingen i och med regleringen av det andra bolagsdirektivet.

Precis som Aktiebolagskommittén ser vi en rad fördelar med upphävandet av det tidigare förbudet. För det första kan nämnas att ett tillåtande av förvärv av egna aktier utgör en möjlighet för ett bolag att snabbt förändra sin kapitalstruktur. I en tid då den svenska ekonomin och därmed de svenska företagen påverkas oerhört starkt av utvecklingen på de utländska börserna och där det inte är ovanligt med stora och snabba börssvängningar, anser vi det vara mycket värdefullt åtminstone ur ett aktieägarperspektiv, att ett bolag får utökade möjligheter att disponera över sitt fria egna kapital. Visserligen har bolaget förstås full frihet (bortsett från utsvälningsregeln och försiktighetsregeln) att placera sitt fria egna kapital i andra finansiella former men det är ändå, såvitt vi kunnat bedöma, inte alltid situationen är sådan att det är det mest ekonomiskt effektiva för företaget.

Ett annat viktigt argument för återköp av egna aktier är att det kan utgöra ett skydd mot så kallade ”hostile take-overs”. Vi har i Sverige inte samma möjlighet att förhindra fientliga uppköp som t ex Tyskland har med sina stränga regler rörande avsättning av ledamöterna i Aufsichtsrat. Vi menar därför att t ex riktade återköp framstår som ett bra, alternativt skydd. Här har vi alltså inte samma uppfattning som Aktiebolagskommittén utan vi menar att fientliga uppköp inte alls behöver vara ett bra sätt att övervaka företagets ekonomiska effektivitet. Ett fientligt övertag kan få oerhört negativa konsekvenser för t ex arbetstagarna och regionalpolitiken där företaget är beläget och vi menar att övervakningen av bolagets effektivitet kan tillgodoses genom t ex kreditgivarnas valfrihet vad gäller placering av kapital.

²³⁴ Norska KARNOV 1999 del 3, s 2767 not 1257

Ett sista viktigt argument för återköp som vi vill framhålla, är att utdelning kan genomföras när som helst under året och alltså inte beroende av en fastställd balansräkning. Som framgått av framställningen ovan anser t ex tysk doktrin att detta är ett tungt skäl eftersom det ger bolaget en ökad flexibilitet vid disponeringen av sitt fria egna kapital vilket gör att reglerna är funktionella för bolaget och därmed också för aktieägarna. En förutsättning enligt oss är givetvis att det inte möjliggör att borgenärsskyddsreglerna rörande vinstutdelning kan kringgå (i Sverige tillgodoses detta genom att kapitalskyddsreglerna i 7 kap ABL överensstämmer med de i 12 kap ABL).

Vad sedan gäller argument mot att tillåta förvärv av egna aktier framstår risken för kursmanipulation som ett av de viktigaste. Det är givetvis inte bra om ett företag skulle kunna påverka sin egen aktiekurs. Lagstiftaren har dock varit mycket medveten om detta problem och har genom en rad olika regler försökt minimera risken för en sådan händelseutveckling. Som ex på detta kan, åtminstone såvitt vi kan bedöma, nämnas regeln om att bolaget aldrig får äga mer än 10 procent av det totala antalet aktier i bolaget samt ex regler rörande Insider-affärer.²³⁵ En liknande bestämmelse finns f ö även i tysk och norsk lag.

Vad så beträffar överlåtelse kontra indragning av aktier efter ett återköp kan sägas att vi här delar Anderssons åsikt att ett tillåtande av överlåtelse knappast skulle vara till nackdel för bolaget eller dess borgenärer. Det framstår enligt oss istället snarare som fördelaktigt eftersom möjligheten då finns att sälja aktier till en utomstående som är beredd att betala ett bra pris. (Detta gäller givetvis endast under förutsättning att aktieägarna avstått från sin förköpsrätt.) Dessutom ger det bolaget möjlighet till en effektiv kapitalanvändning eftersom bolaget kan avyttra aktierna vid behov. Vi kan därför inte se att borgenärer löper någon risk, risken för de sistnämnda ligger möjligtvis vid själva återköpet.

Sammanfattningsvis kan sägas att de tre länderna har mycket snarlika regleringar vad gäller förvärv av egna aktier. Den tyska rätten innehåller visserligen en rad förutsättningar för förvärvets tillåtlighet men eftersom det numera finns en generalklausul i §71 AktG så får den tyska lagen enligt oss en liknande innebörd som den svenska. Vi kan också konstatera att återköp av egna aktier verkar fylla en viktig funktion bl a eftersom den tillhandahåller en flexibel resursallokeringsmöjlighet för bolagen. Kapitalanvändningsformen har dock vissa likheter med såväl vinstutdelning som utbetalning i samband med nedsättning, åtminstone vad gäller syftet att dela ut medel till aktieägarna. Det är därför för tidigt att redan här (jfr analysen efter avsnittet om vinstutdelning) dra några bestämda slutsatser vad beträffar behovet av denna kapitalanvändningsform. Vi har dock fått intrycket av att många bolag verkar ha utnyttjat möjligheten att återköpa egna aktier, vilket enligt oss tyder på att det finns ett stort behov av en sådan kapitalanvändningsform.²³⁶

²³⁶ Skog, Nordisk Tidskrift för Selskabsret 2000:2, s 198

6 Nedsättning av aktiekapitalet

6.1 Inledning

Som framgått ovan i inledningsavsnittet fyller kapitalskyddsreglerna i ABL en mycket viktig funktion, inte minst med tanke på avsaknaden av personligt ansvar som ju gör att det bara är bolagets egna tillgångar som kan tas i anspråk för betalning av uppkomna skulder. Bland dessa kapitalskyddsregler har diskussionen många gånger fokuserats på bestämmelserna om vinstutdelning. Detta har medfört att de inte alls oviktiga reglerna om bolagets möjlighet att sätta ned sitt aktiekapital, tyvärr kommit att hamna något i skymundan. Den juridiska doktrinen är minst sagt kortfattad och inte heller finns det någon praxis att tillgå. Följaktligen kommer den följande framställningen att bli betydligt mindre omfattande än t ex avsnittet om vinstutdelning men det är ändå vår ambition att ge en så utförlig beskrivning som möjligt vad gäller under vilka förutsättningar nedsättning av aktiekapitalet kan ske samt vilka konsekvenser en nedsättning får ur borgenärssynpunkt. Vidare kommer rättsföljden av en olovlig nedsättning att diskuteras och slutligen kommer redogörelse för de förslag till förändring av reglerna som Aktiebolagskommittén presenterat.

Ett aktiebolag Sverige måste enligt 1:3 ABL ha ett aktiekapital på minst 100 000 kr om det är ett privat bolag och 500 000 kr om det är ett publikt bolag. Många bolag har dock ett väsentligt högre aktiekapital än vad dessa minimiregler kräver och som vi skall se kan det finnas flera anledningar till varför ett bolag vill eller behöver sätta ned sitt aktiekapital. Reglerna om nedsättning av aktiekapital återfinns i 6 kap ABL.

6.2 För vilka ändamål kan nedsättning ske?

I 6:1 1 och 2 st ABL anges för vilka syften samt med vilket belopp ett bolag får lov att sätta ned sitt aktiekapital. Som framgår av lagtextens ordalydelse är det två principiellt olika ändamål som är tillåtna: förlusttäckning och återbetalning till aktieägarna. I detta arbete kommer tyngdpunkten att ligga på det senare, men först skall ändå ges en redogörelse för vad som gäller vid nedsättning i syfte att täcka en uppkommen förlust.

6.2.1 Nedsättning för täckande av förlust

Nedsättning för förlusttäckning kan i första hand komma att aktualiseras när ett bolag hamnat i en situation då risk för tvångslikvidation föreligger enligt 13:2 ABL. Att då sätta ned aktiekapitalet till verkligt belopp (d v s så långt att det egna kapitalet täcker det registrerade aktiekapitalet) utgör i så fall nämligen ett sätt för bolaget att åtminstone bokföringsmässigt ta sig ur problemet. Någon utbetalning till aktieägarna är givetvis inte aktuell.²³⁷

Vid en nedsättning för att täcka förlust skiljer lagen mellan förluster som inträffat under tidigare räkenskapsår och förluster som inträffat under innevarande, löpande räkenskapsår.

²³⁷ Andersson 1995, s 20

När det gäller förluster från tidigare räkenskapsår, kan nedsättning ske såvida förlusten inte kan täckas av fritt eget kapital. Bolaget bestämmer här helt på egen hand om det vill genomföra någon nedsättning eller inte och det behövs alltså inte något tillstånd av domstol eller liknande. Bolagets borgenärer behöver inte heller höras.²³⁸ En restriktion att notera finns dock i 6:5 ABL som stadgar en slags karenstid inom vilken vinstutdelning inte får beslutas såvida inte rätten ger sitt tillstånd eller aktiekapitalet åter ökats med minst det nedsatta beloppet. Karenstiden är tre år från det att nedsättningsbeslutet registrerats och finns till för att skydda bolagets borgenärer. En nedsättning för förlusttäckning påverkar ju inte omedelbart borgenärernas ställning men däremot medför nedsättningen att bolaget i framtiden får större möjlighet att dela ut vinst, vilket alltså motiverar karensregeln.²³⁹

När det sedan gäller förluster som inträffat under löpande räkenskapsår är situationen betydligt mer komplicerad. Här finns ju ingen fastställd balansräkning som påvisar förlusten och bolaget kan inte sätta ner aktiekapitalet direkt för att täcka förlusten. Istället får bolaget gå en ”omväg” via reservfonden. Det går till på så sätt att bolaget sätter ned aktiekapitalet och för över nedsättningsbeloppet till reservfonden. (Se p 3 i lagtexten ovan.) När sedan bolaget påföljande år fastställer balansräkningen, kan reservfonden sättas ned så att förlusten täcks.²⁴⁰ Problemet med denna metod är att nedsättning för avsättning till reservfond numera jämföras med avsättning till fri fond. Detta medför att avsättning till reservfond endast får ske efter förslag eller godkännande av styrelsen och bara om rätten godkänner det såvida inte bolaget samtidigt genom nyemission tillförs ett belopp som åtminstone motsvarar nedsättningsbeloppet.²⁴¹ Att så är fallet beror på att reglerna anpassats för att stämma överens med reglerna i EU där avsättning till reservfond likställs med avsättning till fri fond.²⁴² (Se avsnitt 3.)

Såväl Andersson som Skog är kritiska till denna förändring av tidigare gällande rätt. Andersson anser att det är märkligt att rättens tillstånd krävs eftersom reservfonden i princip är lika bunden som aktiekapitalet som sådant. Han menar vidare att det är en olyckligt lagreglering eftersom det dessutom är så att en borgenär som motsätter sig en nedsättning med avsättning till reservfond, enligt 6:6 3 st ABL, har rätt till full betalning eller betryggande säkerhet för sin fordran. Detta kan enligt Andersson många gånger vara så gott som omöjligt för ett ekonomiskt drabbat företag att prestera, vilket i sin tur kan leda till att bolaget trots allt tvingas i likvidation.²⁴³

Även Skog är kritisk till nyssnämnda reglering och menar att bolag absolut borde tillåtas att fritt disponera över möjligheten att sätta ned aktiekapitalet för att täcka förlust som uppkommit under löpande räkenskapsår. Skog hänvisar också till de av Aktiebolagskommittén föreslagna förändringarna.²⁴⁴ Dessa kommer dock att behandlas först i avsnitt 6.4.

²³⁸ Skog, JT 1996- 97, s 713. Se också 6:6 1 st som inte hänvisar till p 1 i 6:1 1 st.

²³⁹ Skog, JT 1996- 97, s 714

²⁴⁰ Andersson 1995, s 20

²⁴¹ Se 6:6 1 st ABL

²⁴² Prop 1993/94:196, s 160 f

²⁴³ Andersson 1995, s 20 f samt SOU 1997:22, s 236

²⁴⁴ Skog, JT 1996-97, s 713 samt SOU 1997:22, s 235 ff

Som framgår av 2 st i den ovan citerade lagtexten gäller att nedsättning för avsättning till reservfond inte får ske med större belopp än att full täckning för det bundna kapitalet finns efter nedsättningen. Här skall i sammanhanget även hänvisas till 12:4 3 st ABL som stadgar att beslut om nedsättning av reservfond (och överkursfond) endast får fattas av bolagsstämman och endast för de i paragrafen angivna ändamålen (täckande av förlust, ökning av aktiekapitalet genom ny – eller fondemission samt andra ändamål som rätten godkänner).

6.2.2 Nedsättning för återbetalning till aktieägarna

Som framgått ovan utgör återbetalning till aktieägarna det andra av de två ”huvudsyftena” med nedsättning av ett bolags aktiekapital. En nedsättning i syfte att återbetala medel till aktieägarna kan ske i enlighet med två olika regelsystem. Enligt det ena systemet, av Andersson²⁴⁵ och även av oss kallat förbehållssystemet, krävs att bolagsordningen innehåller vissa i lag angivna formuleringar. Bolaget kan då under vissa förutsättningar slippa inhämta rättens tillstånd. Skulle bolagsordningen däremot inte ha den krävda utformningen, krävs alltid rättens tillstånd (nedan kallat tillståndssystemet²⁴⁶). Vi börjar med det sistnämnda.

6.2.2.1 Nedsättning med återbetalning till aktieägarna enligt tillståndssystemet

Av 6:6 1 st ABL framgår att ett nedsättningsbeslut som innebär att nedsättningsbeloppet helt eller delvis skall användas för återbetalning till aktieägarna inte får lov att verkställas utan att rättens tillstånd inhämtas, såvida inte bolaget samtidigt genom nyemission tillförs ett belopp som minst motsvarar nedsättningsbeloppet. Det går inte att utläsa av lagtexten att bolaget skall tillföras hela beloppet som aktiekapital men däremot framgår det av förarbetena att detta var avsikten med regeln.²⁴⁷

Av nyssnämnda paragrafs andra stycke framgår att rättens tillstånd skall sökas senast två månader efter det att nedsättningsbeslutet registrerades. Rätten gör sedan en prövning där bolagets alla kända och okända borgenärer kallas och föreläggs att anmäla till rätten om de vill bestrida nedsättningen. Inkommer ingen anmälan om bestridande eller får den borgenär som bestridit nedsättningen full betalning eller betryggande säkerhet för sin fordran, skall rätten meddela tillstånd till nedsättningen. Detta framgår av 6:6 4 st ABL. Därefter skall rätten enligt 6:7 ABL underrätta PRV om att tillstånd meddelats till nedsättning. Aktiekapitalet är nedsatt så snart beslutet registrerats.

Den beloppsmässiga begränsningen vid nedsättning enligt tillståndssystemet framgår av 6:1 2 st ABL som stadgar att nedsättning med återbetalning till aktieägarna inte får ske med större belopp än att det efter nedsättningen finns full täckning för bolagets bundna kapital. Beräkningen därav skall ske på grundval av fastställd balansräkning för nästföregående år. Denna regel innebär att bolaget redan före beslutet om nedsättning måste göra en noggrann prövning för att försäkra sig om att utbetalningen

²⁴⁵ Andersson 1995, s 17

²⁴⁶ Andersson, 1995, s 17

²⁴⁷ Nial och Johansson, Svensk associationsrätt i huvuddrag 1998, s 90 samt Prop 1975:103, s 215

inte inkräktar på bolagets bundna kapital. Skulle inlösningsbeloppet överstiga nedsättningsbeloppet, måste den överskjutande delen i sedvanlig ordning täckas av fritt eget kapital eftersom nedsättningen annars blir olovlig. Om bolaget redan innan nedsättningen har en brist i sitt bundna kapital, kan nedsättning bara komma ifråga om inlösningsbeloppet är lägre än nedsättningsbeloppet.²⁴⁸

En nedsättning av aktiekapitalet med efterföljande utbetalning till aktieägarna enligt tillståndssystemet rör dock inte bara bolagets borgenärer utan är i allra högsta grad av intresse även för aktieägarna vars aktier kan komma att inlösas eller sammanläggas o s v. Detta medför, att även aktieägarnas intresse behöver tas tillvara vilket sker genom regeln att beslut enbart får tas av bolagsstämman och att det då krävs att beslutet biträtts av aktieägare med två tredjedelar av såväl de avgivna rösterna som de vid stämman företrädde aktierna.²⁴⁹ I vissa situationer kan det t o m krävas ännu större majoritet för att beslut skall kunna fattas. Så kan t ex vara fallet om endast viss eller vissa aktier tvångsvis skall inlösas. Skulle inlösningssumman överstiga aktiernas verkliga värde, kan det dessutom tänkas att icke berörda aktieägare ställer motkrav på andra förmåner i enlighet med likhetsprincipen och generalklausulen.²⁵⁰ Bolagsstämmbeslutet måste ange nedsättningsbeloppet, ändamålet med nedsättningen samt på vilket sätt nedsättningen skall genomföras.²⁵¹

6.2.2.2 Nedsättning med återbetalning till aktieägarna enligt förbehållssystemet

För att återbetalning i samband med nedsättning skall kunna ske enligt förbehållssystemet krävs alltså att bolagsordningen har en viss utformning. Exakt vad som krävs av bolagsordningen framgår av 6:8 1 st ABL som stadgar att denna dels måste innehålla en bestämmelse enligt vilken aktiekapitalet kan uppgå till ett lägre eller högre belopp (se 1:3 ABL samt ovan vad gäller lägsta godtagbara aktiekapital), dels ett förbehåll att aktiekapitalet kan nedsättas genom inlösen av aktier men lägst ner till minimikapitalet. Dessutom stadgar nyssnämnda paragraf att själva förbehållet måste ange ordningen för inlösen och inlösningsbeloppet eller åtminstone grunderna för beräkning av detta. Denna ordning gäller f ö även i tysk rätt (se nedan). Inlösningsbeloppet är det belopp som skall utbetalas till aktieägarna. Det behöver inte vara samma som själva nedsättningsbeloppet och det kan bestå av såväl pengar som sakegendom. Om det sistnämnda är för handen skall nettometoden tillämpas.²⁵² Enligt Andersson skall med ordningen för inlösen förstås vilket organ som skall besluta i frågan, när beslut skall kunna fattas samt vilka aktier som skall omfattas. Det är enligt Andersson något osäkert exakt hur specifikt reglerad ordningen för nedsättning måste vara i bolagsordningen men enligt honom kan det i alla fall antas att "...ordningen med någorlunda förutsebarhet för aktieägarna och tredje man måste precisera när inlösen skall ske och vilka aktier som omfattas."²⁵³

Ett annat krav när det gäller själva förbehållet framgår av 6:8 2 st ABL som stadgar att om förbehållet införs genom ändring av en befintlig bolagsordning så får det

²⁴⁸ Andersson 1995, s 19

²⁴⁹ 6:2 – 2a ABL

²⁵⁰ Nial och Johansson 1998, s 90 samt Rodhe 2000, s 92

²⁵¹ 6:3 ABL

²⁵² SOU 1997:22, s 381

²⁵³ Andersson 1995, s 18

endast avse aktier som kan tecknas eller utges efter det att ändringen registrerats. Skälet till denna bestämmelse är att såväl aktieägare som bolagsborgenärer skall kunna förutse om och när en nedsättning med återbetalning skall kunna ske, redan innan personen i fråga tecknar en aktie i bolaget eller ger bolaget en kredit.²⁵⁴

Vad sedan gäller den beloppsmässiga begränsningen i lagstiftningen framgår den av 6:8 sista stycket ABL vari stadgas att nedsättning aldrig får ske med större belopp än att täckning finns för det bundna, egna kapitalet. Som nämnts ovan finns en likadan regel i 6:1 2 st ABL som ju gäller vid nedsättning enligt tillståndssystemet.

Nu är det emellertid så att det utöver detta finns ytterligare en beloppsbegränsning när det gäller förbehållssystemet. Som nämnts ovan kan bolaget nämligen bara under vissa bestämda förutsättningar helt slippa inhämta rättens tillstånd. Dessa förutsättningar är dels att bolagsordningen måste innehålla ovannämnda information, dels att inlösningsbeloppet inte överstiger fritt eget kapital och att ett belopp motsvarande nedsättningsbeloppet avsätts till reservfonden. (Se 6:9 ABL) Reglerna har som syfte att skydda bolagets borgenärer och har även de sin grund i EG:s andra bolagsdirektiv. (Jfr ovan om avsättning till reservfond och se även kapitel tre ovan angående bolagsdirektivet.) Tidigare ansågs bolagets fordringsägare tillräckligt skyddade genom att förbehållet intas i bolagsordningen, antecknas i aktiebolagsregistret och publiceras men nu krävs alltså som huvudregel rättens tillstånd även vid nedsättning enligt förbehållssystemet.²⁵⁵ Notera dock att rättens tillstånd inte heller behövs om bolaget samtidigt genom nyemission tillförs ett belopp som minst motsvarar nedsättningsbeloppet. Detta framgår av 6:6 1 st ABL.

6.3 Olika sätt för genomförande av nedsättning av aktiekapitalet

Med nedsättningens genomförande avses hur nedsättningen kommer att påverka antalet aktier och/eller deras nominella belopp i bolaget.²⁵⁶ Genomförandet kan ske på tre olika sätt och dessa framgår av 6:1 3 st ABL som stadgar att nedsättning kan ske genom:

1. inlösen eller sammanläggning av aktier
2. indragning av aktier utan återbetalning, eller
3. minskning av aktiernas nominella belopp

Med inlösen menas att aktieägaren i fråga får återbetalning vilket alltså inte är fallet vid indragning. Sammanläggning betyder att antalet aktier i bolaget minskar eftersom olika aktier läggs samman med varandra till en ny aktie.

6.4 Rättsföljder vid olovlig nedsättning av aktiekapitalet

Till skillnad från vad som är fallet med kapitalanvändningsformen återköp av egna aktie, finns för nedsättning av aktiekapitalet inte några särskilda bestämmelser som

²⁵⁴ Andersson 1995, s 18

²⁵⁵ Nial och Johansson 1998, s 89 f

²⁵⁶ Andersson 1995, s 22

reglerar rättsföljden av en olovlig transaktion. Istället är det den ”vanliga” ogiltighetsregeln i 12:5 ABL som får tillämpas. En nedsättning som på ett eller annat sätt strider mot reglerna i 6 kap ABL blir således ogiltig, vilket innebär att prestationerna skall återgå. Detta skulle t ex kunna inträffa om nedsättningen inkräktat på bolagets bundna egna kapital eller, åtminstone såvitt vi kan bedöma, om gällande föreskrifter om rättens tillstånd inte efterlevts. En förutsättning är dock att nedsättningen är genomförd för utbetalning till aktieägare eftersom det bara är olovliga utbetalningar som regleras i 12:5 ABL. Bolaget skall då försättas i samma situation som om rättshandlingen i fråga aldrig vidtagits och mottagaren (i detta fallet aktieägaren) skall betala ränta enligt 5 § räntelagen. Den eller de som medverkat till transaktionen, kan dessutom bli bristtäckningsansvariga om den återbäringsskyldige inte har t ex ekonomisk möjlighet att återbetala vad som kan krävas av honom. Här skall dock inte ytterligare redogöras för innebörden av 12:5 ABL utan för en utförlig diskussion kring problematiken rörande analogisk tillämplighet o s v hänvisas till avsnitt 4.7 och 4.8 om rättsföljder vid olovlig vinstutdelning, ovan.

En viktig skillnad i f h t återbäringsskyldigheten vid olovlig vinstutdelning, är dock att det i 12:5 1 st sista meningen ABL stadgade godtrosskyddet inte gäller vid olovlig utbetalning i samband med nedsättning av aktiekapitalet.

Aktiebolagskommittén har även här kommit med en rad förslag till förändringar. Vad först gäller reglerna om nedsättning för täckande av förlust föreslår kommittén för det första att nedsättning för täckande av förlust under löpande räkenskapsår bör kunna ske på samma villkor som när fråga är om förlust enligt fastställd balansräkning. Anledningen till denna ståndpunkt är att kommittén efter en förnyad analys av artikel 33 i andra bolagsdirektivet som ligger till grund för dagens bestämmelse, kommit fram till att ordalydelsen i artikeln inte kräver att förlusten framgår av en fastställd balansräkning. Kravet på att förlusten skall vara balanserad bör alltså enligt kommittén tas bort helt.²⁵⁷ Vidare anser kommittén att den karenstid (3 år) som gäller för vinstutdelning efter det att nedsättning för förlusttäckning skett bör avskaffas. Kommittén menar att de allmänna reglerna om vinstutdelning på ett tillräckligt effektivt sätt skyddar borgenärerna även efter det att nedsättning skett.²⁵⁸

Vad sedan gäller nedsättning för återbetalning till aktieägarna föreslår kommittén för det första att regeln om att full täckning alltid måste finnas för det bundna, egna kapitalet efter nedsättningen, skall vara kvar. Vidare föreslår kommittén att undantaget från kravet på rättens tillstånd bör utökas såtillvida att det bör gälla inte bara då bolaget samtidigt tillförs ett belopp som minst motsvarar nedsättningsbeloppet genom nyemission, utan även då nedsättning sker i samband med t ex fondemission eller konvertering eller teckning med utnyttjande av teckningsoption. Överhuvudtaget bör det enligt kommittén räcka att bolaget i samband med att nedsättningsbeslutet registreras, kan uppvisa ett oförändrat registrerat aktiekapital samt ett oförändrat bundet eget kapital. En viktig förutsättning för detta förslag är dock, menar kommittén, att återbetalning till överkurs jämställs med vinstutdelning såvitt avser överkursbeloppet. Kommittén föreslår därför att en uttrycklig bestämmelse med samma lydelse som den nuvarande försiktighetsregeln i 12:2 2 st ABL, införs även vad gäller nedsättning.²⁵⁹

²⁵⁷ SOU 1997:22, s 235 - 238

²⁵⁸ SOU 1997:22, s 238

²⁵⁹ SOU 1997:22, s 239 f samt Skog, JT 1996–97, s 714 f

Slutligen skall nämnas att kommittén föreslår en väsentlig förändring av kraven på vad ett nedsättningsbeslut skall innehålla. Som exempel på detta kan nämnas att nedsättningsbeslutet inte längre skall behöva ange ett bestämt nedsättningsbelopp utan istället kan ange ett lägsta och högsta belopp för nedsättningen.²⁶⁰

6.5 Nedsättning av aktiekapitalet enligt AktG

De paragrafer i AktG som rör nedsättning av aktiekapital är § 222-239. Enklast är dock att dela in paragraferna i tre grupper beroende på vilken typ av nedsättning det rör sig om. Den ordinära nedsättningen regleras i § 222-228 AktG medan § 229-236 samma lag redogör för den förenklade formen av nedsättning. Slutligen behandlar § 237-239 AktG nedsättning av aktiekapital genom indragning av aktier. Vi kommer nedan att i stora drag redogöra för den ordinära formen av nedsättning av aktiekapitalet, främst i samband med utdelning. De andra nedsättningsformerna kommer vi, av utrymmesskäl, i princip inte att behandla.

Det finns huvudsakligen två skäl till att göra en nedsättning av aktiekapitalet i ett AG. Det ena skälet är att friställa överflödigt kapital och det andra är att försöka komma till rätta med ett underskott.²⁶¹ Genom en kapitalnedsättning ökar således bolagets ekonomiska rörelsefrihet. Dessutom öppnas möjlighet för utdelningar även under dåliga verksamhetsår.²⁶² Statistik visar dock att det är förhållandevis sällan som syftet med friställandet av kapital är att genomföra utdelning till aktieägarna. Tanken med en nedsättning är snarare att med hjälp av det friställda kapitalet utveckla nya möjligheter med verksamheten.²⁶³ Likaså visar statistik att det inte är ovanligt att nedsättningsförfarandet används som ett verktyg för att komma till rätta med underskott.

De två olika formerna av kapitalnedsättning förklaras med att de används i olika situationer. Det förenklade förfarandet används vanligtvis när bolaget går dåligt och har underskott medan den andra formen används för att av olika anledningar friställa kapital.²⁶⁴ Den största skillnaden mellan dem är hur skyddet för borgenärerna har utformats. Medan den ordinära nedsättningsformen som ju bl a kan göras i utdelningssyfte kräver stränga borgenärsskyddsregler, innehåller den förenklade formen endast borgenärsskydd som förhindrar en förskjutning i borgenärernas inbördes förhållanden. Eftersom borgenärerna inte har någon rättslig möjlighet att förhindra en nedsättning, under förutsättning att de får ersättning eller fullgott skydd för sin förfallna fordran, är det viktigt att, inte minst med tanke på omsättningens intresse, lagen erbjuder ett fullvärdigt borgenärsskydd.

Även aktieägarnas intressen påverkas av en kapitalnedsättning. Det finns därför en rad regler som på olika sätt skyddar dessas intressen (främst minoritetsaktieägarna) och det betonas starkt att likabehandlingsprincipen råder.

²⁶⁰ SOU 1997:22, s 245

²⁶¹ Kölner Kommentar 1988, Vorb.vor § 222 anm. 4

²⁶² Kölner Kommentar 1988, Vorb.vor § 222 anm.6

²⁶³ Kölner Kommentar 1988, Vorb.vor § 222 anm. 10

²⁶⁴ Kölner Kommentar 1988, Vorb.vor § 222 anm. 13-14

6.5.1 Ordinära nedsättningsformen

För att nedsättning av aktiekapital skall kunna genomföras krävs enligt § 222 1st. AktG ett majoritetsbeslut som företräder minst 3/4 av aktiekapitalet. Det finns dock möjlighet att i bolagsordningen föreskriva om ännu strängare krav.²⁶⁵ Eftersom det därutöver också krävs en ändring i bolagsordningen är själva förfarandet tämligen omständligt.²⁶⁶

I nedsättningsbeslutet måste det klart framgå med vilket belopp nedsättningen skall ske. Det har dock fastställts att det räcker med att ange lägsta och högsta nedsättningsbeloppet.²⁶⁷ Oavsett vilket av de båda sätten man anger nedsättningsbeloppet på, får nedsättningen aldrig leda till att det aktiekapitalet understiger 50 000 Euro.²⁶⁸ Det är enbart stämman (Hauptversammlung) som kan besluta om storleken på nedsättningen och en delegering av beslutanderätten till Vorstand eller Aufsichtsrat är därmed otillåten.²⁶⁹ För att aktieägare och borgenärer skall kunna ta del i bolagets interna förändringar skall enligt § 222 3 st. AktG syftet med nedsättningen anges i beslutet.²⁷⁰

Det fjärde stycket i § 222 AktG är tvingande och anger på vilket sätt en nedsättning kan gå till. Antingen kan värdet på varje aktie sättas ned eller så kan en sammanslagning av aktierna genomföras.

I § 223 AktG anges hur själva registreringen av nedsättningen skall utföras och man skulle kunna säga att registreringen är det förfarande som ger själva nedsättningsbeslutet sin legalitet.²⁷¹

§ 225 1 st. AktG utgör ett ex på de borgenärsskyddsregler som ovan nämnts. Skyddsåtgärderna kan sammanfattas som tre: kungörelse till borgenärerna, ställande av säkerhet och uppställd 6 månaders tidsfrist.²⁷² I paragrafens andra stycke anges reglerna för hur utbetalning till aktieägarna i samband med nedsättning skall gå till. Utbetalningar till aktieägare är bara tillåtna efter utgången av den uppställda tidsfristen (6 månader), inom vilken de borgenärer som velat, kunnat protestera mot nedsättningen och kräva fullgörelse eller säkerhet (se § 225 1 st. AktG). Regeln är till för att komplettera första styckets borgenärsskyddsregler, vilka annars skulle vara tämligen lätta att undvika genom exempelvis utbetalningar. Avslutningsvis kan sägas att inte bara pengar utan även egendom kan delas ut i samband med nedsättningen.²⁷³

²⁶⁵ Kölner Kommentar 1988, Vorb.vor § 222 anm. 16

²⁶⁶ Kölner Kommentar 1988, § 222 anm. 3

²⁶⁷ Kölner Kommentar 1988, § 222 anm. 12

²⁶⁸ Se § 7 AktG och Kölner Kommentar 1988, § 222 anm. 12

²⁶⁹ Kölner Kommentar 1988, § 222 anm. 13

²⁷⁰ Det är oftast inte något allmänt syfte som presenteras, utan istället sker en mer specificering av motiven bakom nedsättningen, exempelvis "återbetalning till aktieägare" eller "återlämnande av apportegendom" se Kölner Kommentar 1988, § 222 anm. 15-17

²⁷¹ Kölner Kommentar 1988, § 223 anm. 11

²⁷² Kölner Kommentar 1988, § 225 anm. 2

²⁷³ Kölner Kommentar 1988, § 225 anm. 47. Observera att formen på utdelningen måste nämnas i nedsättningsbeslutet.

6.5.2 Rättsföljd vid otillåten utbetalning enligt AktG

Aktieägaren måste enligt § 62 AktG betala tillbaka den otillåtna utbetalningen till bolaget. Även borgenärerna har möjlighet att föra talan om återbetalning.²⁷⁴ (Se avsnitt 4.9.3.3 angående § 62 AktG)

6.6 Nedsättning av andelskapitalet enligt GmbHG

En kapitalnedsättning innebär en ändring av andelskapitalets storlek, vilket kräver ändring i bolagsordningen. Anledningen till att en nedsättning görs är för att undanröja ett balansunderskott eller för att återbetala delar av andelskapitalet. De paragrafer i lagen som behandlar nedsättning av andelskapital är § 58 samt § 58 a-f GmbHG.

I § 58 GmbHG uppställs krav på hur en nedsättning skall gå till för att vara lovlig. Förutom tydliga borgenärsskyddande regler uppställs en rad formella krav. Exempelvis kan nämnas att beslutet rörande nedsättningen måste publiceras²⁷⁵ vid tre olika tillfällen och att det först är ett år efter sista publiceringen som registreringen kan göras. Dessutom skall samtliga kända och okända borgenärer kallas. De borgenärer som anmäler sitt bestridande av den planerade nedsättningen till bolaget har sedan, precis som i Sverige och Norge, rätt till full betalning eller betryggande säkerhet om nedsättningen genomförs. I beslutet skall framgå till vilket belopp nedsättningen skall ske. Fastställs ett bestämt belopp får inte den framtida nedsättningen avvika ifrån den.²⁷⁶ Det är däremot tillåtet att istället för ett fast belopp ange ett maximibelopp. Därefter kan, med hänsyn till de rådande omständigheter som råder vid nedsättningstillfället, det exakta beloppet bestämmas. Det föreligger inget krav på att i beslutet ange syftet bakom nedsättningen. En förklaring till detta kan enligt oss vara att bolagsformen GmbH inte är bundet av det andra bolagsdirektivet som uttryckligen kräver att syftet med nedsättningen skall anges. En nedsättning av andelskapitalet innebär oftast en risk för bolagets borgenärer eftersom bolagets existerande förmögenhet minskar. Av den anledningen får en kapitalnedsättning enligt § 58 2 st. GmbHG inte innebära att andelskapitalet hamnar under 50 000 DM. (Jfr svensk lag).

I § 58 a GmbHG återfinns den förenklade formen av nedsättning av andelskapital. (Vereinfachte Kapitalherabsetzung). Det förenklade tillvägagångssättet går att använda om syftet med nedsättningen är att kompensera värdeminskning eller täcka annan förlust (Jfr 6:1 1p ABL).

I § 58 d GmbHG regleras hur utdelning till andelsägarna i samband med nedsättning av andelskapitalet skall gå till. Vinst får således utdelas före utgången av det femte räkenskapsåret som börjar efter beslutet om kapitalnedsättning, under förutsättning att vinst- och kapitalfonderna (Gewinn-und Kapitalrücklagen) tillsammans utgör 10 % av andelskapitalet.

²⁷⁴ Kölner Kommentar 1988, § 225 anm. 37-39

²⁷⁵ Se § 30 2 st. GmbHG rörande hur publiceringen skall gå tillväga

²⁷⁶ Baumbach-Hueck 1988, § 58 anm. 12

I paragrafens andra stycke återfinns en borgenärsskyddsregel. För att vinstutdelningar över 4 % skall vara tillåtna måste utdelningen ske under ett räkenskapsår som börjar 2 år från beslutet om nedsättning. Detta gäller dock inte om de borgenärer som invände mot nedsättningen fått sina krav tillgodosedda eller fått ett fullständigt skydd.²⁷⁷

Vi har inte kunnat hitta någon reglering rörande rättföljden för en olovlig utbetalning i samband med nedsättning. (§ 31 GmbHG hänvisar endast till § 30 GmbHG.) Visserligen handlar § 30 GmbHG om utbetalningar till aktieägare, men något uttryckligt stöd för att paragrafen skall vara tillämplig också i nyss beskrivna situationer har vi dessvärre inte kunnat hitta.

6.7 Nedsättning av aktiekapitalet enligt AS och ASA

De norska reglerna om nedsättning är mycket lika de svenska. Bestämmelserna återfinns i kap 12 AS/ASA (de är alltså identiska i de respektive lagarna) och inleds med en bestämmelse om tillåtna ändamål med nedsättningen. Av regeln framgår att nedsättning, precis som i Sverige, i princip kan ske för två olika syften: täckande av förlust eller återbetalning till aktieägarna.

Av § 12-3 AS/ASA framgår att det är styrelsen som skall ge förslag till nedsättning men att det är bolagsstämman som skall fatta beslutet.

Vad så gäller täckande av förlust gäller för det första att förlusten inte skall kunna täckas på annat sätt (d v s genom användande av fritt eget kapital t ex²⁷⁸). Vidare stadgas i § 12-2 AS/ASA att vid beräkningen av förlusten så skall fastställd balansräkning ligga till grund för denna. Detta innebär att nedsättning för täckande av förlust som huvudregel inte kan genomföras under löpande räkenskapsår. Nyssnämnda paragraf stadgar dock ett undantag från denna begränsning i och med att det även är tillåtet att använda en "mellanbalansräkning" (sannolikt samma som en svensk kontrollbalansräkning) som beräkningsgrund. Det ställs inga andra krav på hur nyupprättad denna balansräkning skall vara än att den skall vara gjord senare än föregående ordinarie balansräkning.²⁷⁹

När det gäller nedsättning enbart för förlusttäckning stadgas i § 12-5 (1) AS/ASA att nedsättningen träder i kraft så fort anmälningen om nedsättning har registrerats hos "Företagsregistret". Något "kreditorvarsel" behövs då inte. (Jfr svenska "rättens tillstånd") Precis som i Sverige finns dock också en karenstid om tre år inom vilken vinstutdelning inte får ske, såvida inte aktiekapitalet åter höjts med minst nedsättningsbeloppet eller borgenärerna varnats genom en kungörelse som ger dem möjlighet att protestera. Det är dock bara vinstutdelning som omfattas av karenstiden. Andra former för utbetalning på aktier, som exempel i kombination med ytterligare nedsättning av aktiekapital eller fusion, kan fortfarande genomföras.²⁸⁰

²⁷⁷ Se vidare i § 58d 2 st. GmbHG

²⁷⁸ Norska KARNOV 1999 del 3, s 2779 not 1588

²⁷⁹ Norska KARNOV 1999 del 3, s 2779 not 1604

²⁸⁰ Norska KARNOV 1999 del 3, s 2780 not 1637

När det sedan gäller nedsättning med återbetalning till aktieägarna är reglerna något mer komplicerade. För det första krävs enligt § 12 – 1 (3) AS/ASA att bolagsstämman särskilt anger hur utbetalningen skall täckas, om fråga är om utbetalning till överkurs. Bestämmer stämman att överkursen skall täckas av fritt eget kapital, räcker det att reglerna i kap. 12 AS/ASA följs. Skulle stämman däremot besluta att täckningen skall ske med medel från en bunden fond, måste även reglerna i t ex kap. 3 AS/ASA beaktas.²⁸¹ Vidare finns i § 12 – 2 (2) AS/ASA en beloppsbegränsning enligt vilken bolaget inte kan dela ut mer än att det efter nedsättningen finns full täckning för bolagets bundna egna kapital. Detta skall bekräftas av bolagets revisorer. Regeln är identisk med de svenska beloppsregeln i 6:1 2 st ABL. Utöver § 12 – 2 (2) AS/ASA finns dessutom en annan mycket viktig bestämmelse i § 3 – 4 AS/ASA. Det är den s k försvarlighetsregeln som ju stadgar att nedsättning med utbetalning inte får ske med större belopp än att bolaget efter nedsättningen har ett eget kapital som är försvarligt utifrån risken med och omfattningen av verksamheten. Regeln behandlas mer utförligt ovan under avsnitt 4.10.3 och har åtminstone inte ännu någon motsvarighet i de svenska reglerna om nedsättning av aktiekapitalet.

Utöver detta gäller som huvudregel vid nedsättning med återbetalning till aktieägarna, att bolagets borgenärer måste förvarnas särskilt. Detta framgår av § 12 – 6 (1) AS/ASA vari stadgas att vid nedsättning med återbetalning skall Företagsregistret, så fort beslutet om nedsättning är registrerat, kungöra beslutet och informera bolagets borgenärer om att de måste anmäla till bolaget om de motsätter sig nedsättningen. Skulle bolaget sakna kända borgenärer kan bolaget självt ombesörja kungörelsen.²⁸² När kungörelse ägt rum gäller, precis som i Sverige, att en borgenär som har en oomtvistlig fordran på bolaget och som motsätter sig en nedsättning, har rätt till full betalning innan nedsättningen kan träda i kraft. Skulle borgenärens fordran inte vara oomtvistlig eller inte hunnit förfalla ännu, gäller istället att borgenären har rätt till betryggande säkerhet såvida sådan inte redan ställts. Detta regleras i § 12 – 6 (2) AS/ASA. Av samma paragraf punkten 3 framgår att när förhållandet till bolagets borgenärer enligt (2) är avklarat, träder beslutet om nedsättning i kraft så snart beslutet registrerats av Företagsregistret. Anmälan till Företagsregistret skall även innehålla en underskrift av bolagets styrelse och revisor om att bolagets borgenärer inte utgör något hinder för registrering.

Den norska rätten har inte någon motsvarighet till vårt förbehållssystem men tillhandahåller i stället en möjlighet att i bolagsordningen skriva in en bestämmelse om *inlösen* av aktier vid nedsättning. Detta regleras i § 12 – 7 AS/ASA vari stadgas att såväl bolaget som aktieägarna kan ges en rätt att kräva inlösen av aktier.

6.8 Analys av kapitalanvändningsformen nedsättning av aktiekapitalet

Som nämnts i inledningen till föregående avsnitt har reglerna om nedsättning av aktiekapital i viss mån kommit att hamna i skymundan i den juridiska diskussionen. En tänkbar förklaring till detta är troligen att denna kapitalanvändningsform inte varit

²⁸¹ Norska KARNOV 1999 del 3, s 2779 not 1599

²⁸² Norska KARNOV 1999 del 3, s 2781 not 1651

särskilt vanligt förekommande i praktiken.²⁸³ Som torde framgått är dock reglerna på intet sätt oviktiga. Lagstiftningen är dessutom tämligen detaljerad såväl i svensk som i tysk och norsk rätt och kapitalanvändningsformen regleras därutöver relativt utförligt i EG:s andra bolagsdirektiv (se ovan avsnitt 3).

Vad så först gäller nedsättning för täckande av förlust kan sägas att det är en kapitalanvändningsform som kan fungera som en utväg för ett bolag som riskerar att drabbas av tvångslikvidation. Visserligen rör det sig bara om en ”bokföringsmässig” sanering men det behöver enligt oss inte för den skull vara negativt. Bokföringen i ett företag med ett högt, registrerat aktiekapital är ju på sätt och vis missvisande. Ett sådant bolag behöver ju inte i realiteten ha en sämre ekonomisk ställning än ett bolag med ett minimalt (1:3 ABL) registrerat aktiekapital där balansräkningen inte utvisar någon brist i det egna kapitalet. Av denna anledning framstår det enligt oss, som mycket viktigt att det för bolaget inte är alltför komplicerat och tidsödande att sätta ned ett högt aktiekapital då det behövs för att täcka en förlust. Vi ställer oss därför positiva till Aktiebolagskommitténs förslag att det inte skall spela någon roll om förlusten framgår av en fastställd balansräkning eller om den uppkommit under löpande räkenskapsår. Det är enligt vår mening helt orimligt om ett bolag skall tvingas i likvidation bara för att det inte har någon möjlighet att ”rätta till” en bokföringsmässig förlust genom att sätta ned sitt onödigt höga aktiekapital. Vi kan heller inte se att en sådan ordning skulle vara negativ för bolagets borgenärer eftersom det borde ligga helt i deras intresse att bolaget undgår en *onödig* tvångslikvidation. Den nuvarande svenska regleringen framstår av detta skäl för oss som en aning oflexibel och tidsödande och vi välkomnar därför Aktiebolagskommitténs nyssnämnda förslag. Nämnas kan dessutom att det i Norge faktiskt redan finns en liknande ordning som den som kommittén föreslår. Ett norskt bolag kan ju utan rättens tillstånd, sätta ned sitt aktiekapital för att täcka en förlust under löpande räkenskapsår, under förutsättning bara att bolaget upprättar en kontrollbalansräkning.

Vad sedan gäller den nuvarande regleringen av nedsättning med efterföljande utbetalning till aktieägarna, anser vi att den är behäftad med en hel del brister. Syftet med kapitalanvändningsformen nedsättning i samband med utbetalning är ju precis som med den traditionella vinstutdelningen att dela ut medel till bolagets aktieägare. Självfallet föreligger det i båda dessa situationer en risk att aktieägarna, i sin iver att erhålla utdelning, inte tar tillräcklig hänsyn till borgenärernas intresse av att bolaget har en långsiktig och stabil ekonomisk ställning. En borgenär har ju dessutom ingen möjlighet att hindra en nedsättning såvida borgenären inte nekas fullgod betalning eller säkerhet för sin obetalda fordran. (Detsamma gäller f ö även i tysk och norsk rätt) En sådan ordning är dock nödvändig eftersom det vore orimligt om en enskild borgenär skulle kunna förhindra ett så viktigt beslut för bolaget utan att behöva ta något ansvar för konsekvenserna av beslutet. Möjligen skulle man kunna tänka sig en ordning där ex 2/3 av bolagets borgenärer kan förhindra en nedsättning med efterföljande utbetalning. Vi anser dock att en bättre lösning vore att införa en liknande försiktighetsregel som den i 12:2 2 st ABL. Visserligen finns det redan nu en beloppsmässig gräns (6:1 2 st ABL) men en kompletterande försiktighetsregel skulle enligt oss förbättra funktionaliteten. En sådan regel ger nämligen en mer rättvisande bild då den tar hänsyn till bolagets *reella* ekonomiska ställning. Den norska lagstiftningen innehåller ju f ö redan en dylik reglering och dessutom har en sådan

²⁸³ Andersson 2000, s 10

ordning föreslagits av Aktiebolagskommittén som komplement till både borgenärsskyddsreglerna i 12 kap och reglerna i 6 kap ABL. En försvarlighetsregel lägger visserligen ett stort ansvar på bolagets styrelse men vi tror ändå att fördelarna överväger nackdelarna. Nämnas kan för att det, såvitt vi kunnat bedöma, saknas en motsvarande reglering i den tyska bolagsrätten. Där har fokuseringen helt legat på den beloppsmässiga, och därmed bokföringsmässiga, begränsningen.

Avslutningsvis kan sägas att vi är helt övertygade om att kapitalanvändningsformen nedsättning av aktiekapital fyller en viktig funktion men att det kan diskuteras huruvida alla tillåtna ändamål med nedsättningen är lika väsentliga. Detta kommer vi att återkomma till i den avslutande analysen rörande respektive kapitalanvändningsforms nödvändighet och funktionalitet.

7 Avslutande analys och egna slutsatser

För att kunna svara på våra frågeställningar under punkten tre i avsnitt 1.1 har vi valt att dela upp detta avsnitt i två delar. I den första delen kommer vi att ha ett brett angreppssätt och därför gå igenom de för- och nackdelar som vi kan se med respektive kapitalanvändningsform ur såväl aktieägar- som borgenärsperspektiv. I den andra och avslutande delen avser vi att väga de tre kapitalanvändningsformerna mot varandra för att om möjligt utröna om någon av dem är överflödigt samt ge våra synpunkter på reglernas funktionalitet.

7.1 För- och nackdelar med respektive kapitalanvändningsform

Vinstutdelning

Ur aktieägarperspektiv är den stora fördelen självklart att aktieägarna ges en möjlighet att få avkastning på sitt satsade kapital utan att behöva överlåta sina aktier.

De nackdelar som kan nämnas är att det kan finnas en risk att bolaget delar ut mer än vad tex minoritetsaktieägarna vill. Av detta följer att det är viktigt att lagstiftaren tillgodoser dessa aktieägars skyddsbehov genom att bli uppställa tillräckligt stränga majoritetskrav vid bolagsstämmobeslut. I ett riktigt långsiktigt perspektiv kan det dessutom, framförallt för aktieägare med långsiktig sparhorisont, vara en nackdel om bolaget avhänder sig stora delar av sitt fria egna kapital. Vi ser dock inte detta som något betydande nackdel eftersom vi anser att den alltmer ökande betoningen på försiktighetsregeln tillgodoser behovet av en ekonomiskt stabil kapitaldisponering i bolaget.

Ur borgenärsperspektiv kan vi inte se några självklara fördelar på samma sätt som fallet med aktieägare. En fördel skulle dock kunna vara att vinstutdelningen ger en klar och tydlig signal om att bolaget är vinstgivande, vilket i sin tur skulle kunna medföra att aktiekursen stärks och bolagets finanser förbättras ytterligare. Som huvudregel kan man väl dock konstatera att ett avhändande av bolagets kapital alltid utgör en risk ur borgenärsperspektiv eftersom det bara är bolagets tillgångar som kan tas i anspråk för att täcka dess skulder. Detta medför givetvis att borgenärerna är

oerhört beroende av att lagstiftaren tillhandahåller tillräckligt starka skyddsregler för bolagets kapital.

Förvärv av egna aktier

Ur aktieägarperspektiv kan först konstateras att återköp är en utdelningsform som är enkel att genomföra vilket innebär att den tillhandahåller ett effektivt sätt att utnyttja företagets resurser. Kapitalanvändningsformen ger bolaget flexibilitet när det gäller resursallokering eftersom den dels utgör ett alternativ till att placera ett överskott i andra finansieringsformer, dels innebär att bolaget när som helst kan anskaffa kapital genom avyttra aktierna igen. Sammantaget medför detta att bolagets ekonomiska ställning gagnas vilket givetvis även är till nytta för de som satsat pengar eller egendom i bolaget. Kapitalanvändningsformen är dessutom flexibel såtillvida att den erbjuder en bra anpassning till aktieägarnas preferenser. Aktieägarna har ju nämligen en valmöjlighet om de vill sälja sina aktier till bolaget eller inte.

En fördel ur minoritetsaktieägarperspektiv är det skydd som återköp innebär när det gäller att undvika oönskade uppköp eller kontrollägarskiften i företaget. Det skulle t o m kunna vara en fördel för de aktieägare som faktiskt förespråkade ett uppköp, eftersom ett ägarbyte på längre sikt kan visa sig vara till nackdel för bolaget. Som vi nämnt i analysen av förvärv av egna aktier anser vi att övervakningen av bolags ekonomiska effektivitet inte nödvändigtvis görs bäst genom kontrollägarskiften utan troligtvis kan uppnås minst lika bra genom kreditgivarnas val av placering för sitt kapital.

De nackdelar vi kunnat se för aktieägarna är att bolagets minoritetsägare kanske hellre hade velat ha en renodlad vinstutdelning eller hellre sett att kapitalet placerats på annat sätt. Vad gäller det förstnämnda finns dock "utsvältningsregeln" som skydd.

Vad sedan gäller borgenärernas ställning kan återköp av egna aktier vara bra eftersom det ger en signal till marknaden att bolaget inte är "släpphänt" med sitt kapital utan har en långsiktig ekonomisk policy. En annan fördel är att det ger bolaget den ovannämnda flexibiliteten vilket gagnar bolagets ekonomiska fortlevnad och därmed förstås bolagets möjlighet att betala sina skulder. Detta förutsätter givetvis att bolaget har en kompetent styrelse som kan göra en korrekt bedömning av bolagets ekonomiska behov.

Nackdelarna ur borgenärsperspektiv är dels att det kan vara svårt att förutse när bolaget tänker vidta åtgärden, dels att det föreligger en risk för kursmanipulation. Ett bolags innehav av egna aktier innebär dessutom att det finns en risk för felvärdering av bolagets kreditvärdighet.

Nedsättning av aktiekapitalet

För att lättare kunna göra en granskning av för- och nackdelar med denna kapitalanvändningsform har vi valt att dela upp undersökningen i: nedsättning för täckande av förlust och nedsättning för utbetalning till aktieägarna.

Vad först gäller förlusttäckning är det givetvis oerhört positivt för såväl aktieägarna som borgenärerna om nedsättningen medför att en *onödig* tvångslikvidation kan

undvikas. En annan fördel är att metoden är flexibel såtillvida att rättens tillstånd åtminstone inte behövs om fråga är om balanserad förlust. Vi ställer oss därför positiva till Aktiebolagskommitténs förslag att detsamma skall gälla även då förlust inträffar under löpande räkenskapsår.

Emot förlusttäckning genom nedsättning talar att det trots allt bara är fråga om en bokföringsmässig sanering. Vi befarar att detta skulle kunna medföra att styrelsen ”slår sig till ro” och därmed inte är tillräckligt observant på den fortsatta ekonomiska utvecklingen i bolaget. Detta gäller förstås ur såväl aktieägar- som borgenärsperspektiv. En annan nackdel för borgenärerna är att nedsättningen visserligen inte omedelbart påverkar deras ställning, men däremot ger denna kapitalanvändningsform bolaget större möjlighet att dela ut vinst under följande räkenskapsår. Vi är därför av den uppfattningen att den nuvarande treåriga karenstiden för vinstutdelning bör vara kvar eftersom vi tror att den kan fungera som en spärr mot att bolaget, i syfte att överföra aktiekapital till fritt eget kapital, lockas att sätta ned kapitalet med större belopp än vad som behövs för att täcka förlusten.

Vad sedan gäller nedsättning för utbetalning till aktieägarna får det väl som huvudregel betraktas som positivt ur aktieägarperspektiv eftersom det innebär att aktieägarna får avkastning på sitt kapital utan att behöva sälja sina aktier. Långsiktigt kan det dock vara av nackdel för aktieägarna eftersom bolaget riskerar att få en sämre konsolidering. Dessutom kan det, precis som vid vinstutdelning, innebära en fara för att minoritetsaktieägarna blir nedröstade när beslut fattas på bolagsstämman. Även här behövs därför t ex tillräckligt stränga majoritetskrav. En annan nackdel med dagens system är att det åtminstone i teorin verkar tämligen ”rörigt” för aktieägarna eftersom det ju finns två olika tillvägagångssätt för nedsättningen (förbehålls- och tillståndssystemet).

Ur borgenärsperspektiv kan vi inte se att det finns några direkta fördelar eftersom bolaget här inte bara delar ut sitt fria egna kapital utan t o m avhänder sig bundet eget kapital! Det är dessutom så att det i reglerna rörande denna kapitalanvändningsform helt saknas en försiktighetsregel liknande de som finns i 7 och 12 kap ABL vilket inte precis förbättrar borgenärernas ställning. Vi välkomnar därför Aktiebolagskommitténs förslag om ett införande av en sådan regel också vid nedsättning av aktiekapitalet då vi menar att det är mycket viktigt att inte bara fokusera på bolagets balansräkning utan att också väga in bolagets reella ekonomiska ställning.

7.2 En avvägning av behovet samt bedömning av funktionaliteten av de tre kapitalanvändningsformerna

Vi kommer nu att väga de olika kapitalanvändningsformerna mot varandra samt försöka bedöma huruvida samtliga behövs samt om någon förändring kan göras för att förbättra deras funktionalitet.

Under arbetets gång har vi kunnat se att tre olika syften utkristalliserats vad gäller de olika kapitalanvändningsformerna. Dessa tre syften är: utdelning till aktieägarna, resursallokering samt täckande av förlust. Vissa av kapitalanvändningsformerna har mer än ett syfte, vilket kommer att framgå av den följande framställningen.

Vad först gäller vinstutdelning framstår denna kapitalanvändningsform som helt nödvändig eftersom fråga är om en bolagsform vars övergripande syfte är att generera vinst åt sina ägare. Möjligen skulle man mot detta kunna invända att vinstutdelning, åtminstone i större börsnoterade bolag, kanske inte har så stor betydelse för många aktieägare ur avkastningssynpunkt. Istället är det möjligheten till snabba vinster genom snabba affärer med aktierna, som lockar en person att satsa pengar i ett bolag. Vad vi förstått är det t o m vanligt förekommande med s k "day-traders" som således har en oerhört kort sparhorisont! Trots detta menar vi att vinstutdelning är en så grundläggande kapitalanvändningsform att den är omöjlig att utesluta. De flesta bolag är ju trots allt inte börsnoterade och antalet "day-traders" är nog fortfarande ganska litet. Att bolaget förmår locka till sig kapital är ju dessutom en förutsättning även för borgenärernas existens. Borgenären är ju beroende av att kunna rättshandla med bolaget och finns det inget bolag, därför att aktieägarna inte vill satsa pengar i det, så finns det givetvis inte heller någon juridisk person att rättshandla med!

Avslutningsvis kan vad gäller vinstutdelning sägas att detta är en så grundläggande kapitalanvändningsform som dessutom tjänat som förebild vid utformningen av de andra två, att vi i den fortsatta framställningen valt att väga återköp och nedsättning mot vinstutdelning samt mot varandra. Såvitt vi kan se finns det ingen annan kapitalanvändningsform som bättre kan tillgodose syftet att dela ut medel till aktieägarna, än vinstutdelning. Vi är dock av den uppfattningen att reglerna kan bli mer funktionella om vi, som den norska lagstiftaren redan gjort, ökar fokuseringen på bolagets reella kapital genom att t ex införa en tydligare försvarlighetsregel.

Vad sedan gäller återköp av egna aktier har denna kapitalanvändningsform, såvitt vi kunnat bedöma, två olika syften. Det ena är resursallokering och det andra är en form av utdelning till aktieägarna. Denna form av resursallokering kan inte, till skillnad från utdelningssyftet, tillgodoses genom någon annan kapitalanvändningsform. Dessutom är det så att återköp internationellt sett tillåts i allt högre utsträckning och vi menar därför att det är en nödvändig kapitalanvändningsform vad gäller resursallokering eftersom svenska bolag annars riskerar att komma i ett konkurrensmässigt underläge. Sveriges medlemskap i EU medför dessutom att det är viktigt att de svenska reglerna är i harmoni med de övriga europeiska ländernas lagstiftningar eftersom det främjar samarbetet. Vad gäller utdelningssyftet är formen mer flexibel än en vanlig vinstutdelning eftersom dels kan ske när som helst under räkenskapsåret, dels kan tillgodose aktieägarnas olika preferenser. En vinstutdelning träffar ju alla medan återköp tillhandahåller en valmöjlighet för aktieägarna. Ett återköp ger också marknaden en annan signal än vad en renodlad vinstutdelning gör. Dessutom innebär ett återköp inte något slutgiltigt avhändande av bolagets egendom eftersom aktierna kan avyttras på nytt. Det sistnämnda talar t o m för att kapitalanvändningsformen kanske inte ens bör betraktas som en utdelning såvida inte återköp sker till överkurs. Vår slutsats blir därför att återköp av egna aktier är en nödvändig kapitalanvändningsform både ur resursallokerings- och utdelningsperspektiv.

Vad beträffar reglernas funktionalitet anser vi att de vore lämpligt att en försvarlighetsregel likt den norska även görs tillämplig vid återköp av egna aktier. Vi skulle också kunna tänka oss en reglering motsvarande den norska där styrelsen åläggs ett slags bristtäckningsansvar som innebär att de som medverkar till ett olovligt

beslut om återköp, själva måste köpa de aktier som bolaget inte kan avyttra utan förlust.

Den sista kapitalanvändningsformen (nedsättning av aktiekapitalet) har även den två olika syften då den dels kan ha som ändamål att täcka en förlust, dels syftar till att dela ut kapital till aktieägarna. En viktig skillnad i f h t de andra kapitalanvändningsformerna är dock att det är det *bundna* egna kapitalet som delas ut.

Vad först gäller täckning av förlust skiljer sig denna kapitalanvändningsform totalt från vinstutdelning. Aktieägarna är ju överhuvudtaget inte inblandade och det är inte fråga om att bolaget avhänder sig någon egendom. Vi menar att de bokföringsregler vi har gör att denna kapitalanvändningsform blir nödvändig. Det vore helt orimligt om ett bolag skulle tvingas i en onödig likvidation bara för att det inte finns någon möjlighet att bokföringsmässigt justera balansräkningen. Dessutom finns det ingen annan kapitalanvändningsform som kan fylla denna funktion. Vi menar dock att reglerna kan göras mer funktionella på så sätt att nedsättning utan rättens tillstånd bör tillåtas även då förlust inträffat under löpande räkenskapsår. Vi ser också gärna att karenstiden för efterföljande vinstutdelning behålls.

Vad sedan gäller nedsättning för utbetalning till aktieägarna framstår denna kapitalanvändningsform däremot som väldigt lik vinstutdelning åtminstone vad gäller syftet med kapitalanvändningen. Här kan man därför verkligen fråga sig om denna kapitalanvändningsform verkligen behövs. Problemet är att om det inte tillåts så finns en risk för att bolaget redan från början väljer att registrera ett så lågt aktiekapital som möjligt. Detta skulle givetvis medföra att borgenärsskyddet försämras eftersom bolagets ”buffert” minskar. Visserligen har bolaget en gång i tiden haft ett skäl till att registrera ett högt aktiekapital men som vi alla vet kan förutsättningarna för ett bolag förändras drastiskt och med t ex stora nedskärningar som följd. Skulle då inte möjligheten att sätta ned sitt aktiekapital ser vi en risk för att bolag drar sig för att registrera ett högt aktiekapital. Mot detta kan dock anföras att EG-rätten tillhandahåller en möjlighet att enkelt kringgå de svenska reglerna genom att det är tillåtet att registrera ett bolag i ett land med låga kapitalkrav och sedan öppna en filial i ett annat land. (Se t ex Centros-domen.²⁸⁴)

Av denna anledning menar vi att argumentet om minskad ”buffert” inte håller och med tanke på att reglerna har i princip samma syfte som vinstutdelningsreglerna och att det dessutom finns en viss utdelningsmöjlighet genom förvärv av egna aktier, anser vi att denna kapitalanvändningsform är överflödigt. Ett annat argument för detta är att kapitalanvändningsformen, åtminstone hittills, verkar ha haft förhållandevis liten praktisk betydelse.²⁸⁵ (Situationen är f ö likadan i Tyskland.) Skulle det ändå vara så, (vilket väl tyvärr framstår som sannolikt), att nedsättning för utbetalning tillåts även i fortsättningen menar vi att det är absolut nödvändigt att en försvarlighetsregel införs även här. Vad vidare gäller reglernas funktionalitet menar vi att denna skulle förbättras om förbehålls- och tillståndssystemen slogs ihop till ett system liknande det som finns i Norge. Den nuvarande ordningen tror vi nämligen kan vara en aning förvirrande såväl för de som har att tillämpa reglerna, som för aktieägarna. En förändring av nyssnämnda slag torde dessutom inte vara alltför svår att genomföra eftersom de båda systemen redan idag är ganska lika varandra.

²⁸⁴ C 212/97 Centros Ltd

²⁸⁵ Andersson 2000, s 10

Sammanfattningsvis kan alltså konstateras att vi är av den uppfattningen att samtliga kapitalanvändningsformer utom nedsättning för utbetalning till aktieägarna, är nödvändiga.

Slutligen några ord om framtiden. Som framgått under arbetets gång har Aktiebolagskommittén presenterat en rad enligt vårt förmenande mer eller mindre bra förslag. Det är också uppenbart att kommittén sneglat en hel del på såväl den tyska som den norska lagstiftningen. Detta ser vi enbart som något positivt eftersom vi menar att det många gånger kan vara ett bra sätt att finna nya, funktionella lösningar. Vi skulle t ex gärna se att kommittén utredde möjligheten att införa en rätt för borgenärer att föra talan om återbetalning till bolaget, liknande den som finns i tysk rätt (Prozesstandsrecht). Det viktigaste är dock att kapitalanvändningsreglerna står under en ständig granskning eftersom det annars finns risk att det blir en alltför stor diskrepans mellan verkligheten och rätten.

8 Litteraturförteckning

Andersson J, Om vinstutdelning från aktiebolag – En studie av aktiebolagsrättsliga Skyddsregler, Uppsala 1995

Andersson J, Utomståendes ersättningsskyldighet jämte vindikation vid olovlig vinstutdelning – Ett avgörande från Högsta domstolen, SvJT 1998 s 52

Andersson J, Kapitalkrav och kapitalskydd i internationellt perspektiv – onödigt borgernärsskydd?, Selskabers kapital 1999 s 35

Andersson J, Kapitalskyddet i aktiebolag, Stockholm 2000

Baumbach A, Hueck A, GmbH-Gesetz, Nördlingen 1988

Bråthen T, De nye lovene om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, Lov og Rett nr 9 1997 s 515

Geiger M M, Förvärv av egna aktier i Tyskland: lagen före och efter den aktiebolagsrättsliga reformen, SvJT nr 8 1998 s 617

Grosskopf G, Vinstbolag – Aktiebolags och skatterättsliga frågor, Malmö 1989

Gunnerstad A, Ingvarsson T, Den komparativa rätten – värd en omväg?, SvJT nr 2 1997 s 152

Hemström C, Bolagets rättsliga ställning, Stockholm 1997

Kedner G, Roos C M, Aktiebolagslagen. Del II, (11-19 kap) jämte Bokföringslagens bestämmelser om årsbokslut med kommentarer Stockholm 1991

Kedner G, Roos C M och Skog R, Aktiebolagslagen del II (10-19 kap) med kommentar, Göteborg 1996

Kleineman J, Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen och allmänna rättsgrundsatser om vindikation, JT 1994/95 s 430

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Claussen C P, Geilen G, Kirchner C, Koppensteiner H-G, Kraft A, Lutter M Mertens H-J, Zöllner W, München 1998

Lindskog S, Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s k bristtäckningsansvar, SvJT 1992 s 81

Lindskog S, Olovlig kapitalanvändning; kommentarer med anledning av några tingsrättsdomar, JT 1992/93 s 82

Lindskog S, Aktiebolagslagen. 12 och 13 kap. Kapitalskydd och likvidation, Stockholm 1995

Maitland – Walker J, Guide to European company laws, London 1997

Malmström Å, Civilrätt, Malmö 1997

Marthinussen H F, Aksjeloven med kommentarer, Oslo 1996

Nerep E, Aktiebolagsrättsliga studier – Särskilt om kapitalskyddet, Stockholm 1994

Nial H, Johansson S, Svensk associationsrätt i huvuddrag, Stockholm 1998

Norskt kommentert Lovsamling (Norske KARNOV) del 3, Oslo 1999

Oltmanns M J, European company structure, Berkshire 1998

Rodhe K, Aktiebolagsrätt, Stockholm 2000

Scholz F, GmbH-Gesetz 1.Band, Köln 1986

Skog R, Aktiebolags förvärv av egna aktier – är det dags att ompröva förbudet?, JT 1995-96 nr 3 s 749

Skog R, Nya bestämmelser om aktiebolags kapital – en presentation av Aktiebolagskommitténs förslag, JT 1996-97 nr 3 s 701

Skog R, Aktiebolags förvärv av egna aktier, Nordisk for selskabsret 2000:2 s 190

Svensson B, Aktiebolagslagen. Kommentrar och lagtexter, Stockhom 1999

Thorell P, Företagets redovisning, Oskarshamn 1994

Offentligt tryck

Prop 1975:103
Prop 1993/94:196
Prop 1999/2000:34

SOU 1992:83	Aktiebolagslagen och EG
SOU 1997:22	Aktiebolagets kapital
SOU 1997:168	Vinstutdelning i aktiebolag
SOU 2001:1	Ny aktiebolagslag

NOU 1996:3

Rättsfall

NJA 1951 s 6 I
NJA 1966 s 457
NJA 1976 s 618

NJA 1980 s 311

NJA 1988 s 620

NJA 1990 s 343

NJA 1995 s 418

NJA 1995 s 742

NJA 1997 s 418

Innst.O.Nr. 80 (1996-1997)